

Circunstancia. Año VI - Nº 16 - Mayo 2008

Presentación

CRIMEN Y CASTIGO

La problemática del castigo y, particularmente, de la pena impuesta por el Estado al autor de un delito es antigua. Al menos desde la "Apología de Sócrates" de *Platón*, se trata de un tema que ha ocupado tanto a los filósofos, como *Hobbes*, *Rousseau*, *Kant* y *Hegel*, entre otros, como a los juristas. El título que hemos escogido para el presente número de **Circunstancia** pone de relieve, además, que la cuestión también ha trascendido a la literatura, donde las reflexiones de la parte final de la novela de *Dostojevski* sobre el cumplimiento de la pena por *Raskolnikoff*, es decir la parte referente al castigo por el crimen, revelan que la preocupación por el sentido de la pena no es privativa de los filósofos y de los juristas.

En los últimos años en el Seminario de Derecho Penal y Filosofía del Derecho Penal se han desarrollado diversas sesiones dedicadas al tema. En este sentido han sido especialmente importantes las aportaciones de los profesores *Bernd Schünemann*, de la Universidad de Munich, *Günther Jakobs*, de la Universidad de Bonn, *Andrew von Hirsch*, de la Universidad de Cambridge y *Michael Pawlik*, de la Universidad de Regensburg, que han sido nuestros huéspedes durante los últimos cuatro cursos, han contribuido a esclarecer un punto esencial del derecho penal, la filosofía del derecho y la filosofía en general, y a incrementar el interés por esta materia. También se ha llevado a cabo en 2005 un seminario con la participación del Catedrático de Neurobiología de la UCM, Prof. Dr. *Francisco Rubia*, en el que se han analizado las consecuencias que implicarían para el derecho penal los resultados de las recientes investigaciones en esa materia, que afectan a la idea de culpabilidad, como presupuesto justificante de la pena, y a la función misma de la pena.

Los trabajos que se presentan en este número aspiran a demostrar que una gran parte de las preocupaciones cotidianas de la sociedad europea giran en torno al castigo materializado en las penas establecidas por las leyes penales. Con ello no se quiere justificar el recurso más o menos constante al derecho penal para resolver problemas de difícil solución en el marco de las políticas sociales, que a veces se postula, con olvido manifiesto de que la pena debe ser la *ultima ratio* de la política social.

Enrique Bacigalupo.
(Coordinador del número)

Imprimir

Circunstancia. Año VI - N° 16 - Mayo 2008

Ensayos

Para consultar un artículo, selecciónalo en el menú de la derecha.

- *Sobre la ideología de las teorías de la pena*
Enrique Bacigalupo
- *El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno*
Michael Pawlik
- *La participación criminal en el Derecho inglés*
Juan Delgado
- *Discusión sobre las medidas a adoptar en función de la peligrosidad del autor*
Miguel Ángel Encinar del Pozo
- *Ideas para un estudio a cerca del fundamento de la pena desde una filosofía "nihilista"*
Virio Guido Stipa
- *¿Era necesaria la modificación del Código Penal en materia de seguridad vial?*
M^a del Carmen Molina Mansilla

Imprimir

Circunstancia. Año VI - Nº 16 - Mayo 2008

Ensayos

SOBRE LA IDEOLOGÍA DE LAS TEORÍAS DE LA PENA

Enrique Bacigalupo

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

I

Por ideología del derecho penal se debe entender, desde mi punto de vista, el conjunto de ideas que tienen la pretensión de *legitimar* una determinada *limitación de la libertad* mediante ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de Derecho. Tales ideas se refieren a las concepciones de la criminalidad dentro de un orden social determinado y de la reacción contra ella por medio de la pena u otros medios del derecho penal, que permiten al Estado restringir la libertad de los ciudadanos para garantizar a todos el disfrute de sus derechos.

Esta ideología se expresa en la concepción de una sociedad basada en la libertad, en las teorías de la pena y de la función del derecho penal dentro de ella. En todo caso, la ideología del derecho penal no es un enmascaramiento de la realidad, sino la revelación de la realidad penal^[1].

La ideología del derecho penal, en consecuencia, es una ideología de la libertad, como lo son el libre comercio o el colectivismo, la economía dirigida o la función social de la propiedad en el ámbito de la economía, que también comportan límites más o menos amplios de la libertad en la actividad económica. Sería erróneo creer que de esta manera sólo se explica la pena privativa de la libertad, pues también la pena de multa y la inhabilitación implican limitaciones (indirectas) de la libertad de acción.

Esta visión del problema ideológico del derecho penal presupone la aceptación de la legitimidad del Estado democrático de derecho establecido en la Constitución. Difiere claramente de las visiones ideológicas que cuestionan ese marco y presuponen la ilegitimidad del derecho penal, al entenderlo como un instrumento de la dominación de una clase sobre otra^[2].

Un verdadero discurso ideológico del derecho penal, en el sentido señalado, existió probablemente siempre, *Protágoras, Sófocles, Aristóteles, Platón y Séneca* son ejemplos del mundo antiguo^[3].

El presente estudio se limita, sin embargo, al discurso ideológico del derecho penal moderno, que tiene su inicio en el siglo XVIII. Este derecho penal moderno, es decir el posterior a la Revolución Francesa, fue edificado sobre los principios que había expuesto *Beccaria*^[4] y se basó, por lo tanto, en una ideología racionalista elaborada por la filosofía del iluminismo. La limitación de la libertad por medio de la pena sólo se entendía justificada como un medio para alcanzar una determinada meta socialmente valiosa. "El fin de la pena", escribía *Beccaria*, "no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos y motivar a los demás a no hacerlos de la misma manera". El art. 5 de la *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789 estableció que "*La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisables à la société*" y el art. 8 insistió en que "*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*". Estas consignas dejaban abiertas dos cuestiones cuyas respuestas son la materia de la ideología del derecho penal: ¿qué es lesivo para la sociedad? Y ¿para qué las penas debían ser evidentemente necesarias?

La primera pregunta se refiere a *qué conductas pueden ser objeto del derecho penal*. La respuesta tiene lugar en la *parte especial del derecho penal*, que contiene el catálogo de las acciones prohibidas y de las omisiones punibles. La parte especial del derecho penal es el marco en el que una sociedad define los límites de la libertad estableciendo qué acciones estima el legislador como dañinas para la sociedad en el sentido del art. 5 de la Declaración de Derechos. La parte especial del derecho penal marca, en este sentido, el límite de la libertad en una sociedad. Los reclamos de un derecho penal mínimo o de reducción de la criminalización en ciertos ámbitos mediante discursos antidemagógicos frente a la tendencia expansiva del legislador, las tesis que pretenden reducir el derecho penal exclusivamente a la lesión de bienes jurídicos o a la lesión de derechos subjetivos así como las que postulan límites basados en la imagen de una sociedad libre ideal, presentan, en realidad, discursos tendentes a establecer un determinado ámbito de libertad o, dicho en sentido inverso, los límites de la libertad.

La segunda cuestión planteada se refiere a la *pena evidentemente necesaria*, en el sentido del art. 8 de la Declaración de Derechos. Concretamente: ¿necesarias para qué? Las respuestas a esta pregunta pretende aclarar *hasta dónde y en qué condiciones el Estado está autorizado a reprimir* a quienes vulneran los límites de la libertad mediante comportamientos socialmente dañinos previstos en la ley penal.

No es posible tratar en el reducido espacio de este trabajo abordar ambas cuestiones. Concentraré la exposición en la *ideología de la pena*. La pregunta que debe ser respondida, entonces, es: ¿qué puede hacer legítimamente el Estado con autor de un delito?.

II

Ya en el siglo XVII, se elaboró un primer discurso ideológico del derecho penal que se llevaría luego a la práctica en el estado Moderno. La premisa básica del mismo consistió en excluir de la potestad del Estado la venganza. Por lo tanto, se hizo necesario *diferenciar conceptualmente la pena de la venganza*. La *venganza* correspondía al estado natural, en el que "la libertad es entendida como la ausencia de todo obstáculo"^[5]. La *pena*, por el

contrario, es considerada como una institución del Estado, es decir, del Derecho, de una sociedad en la que "el individuo tiene derechos sólo en tanto él reconozca los derechos de los otros"^[6]. Sólo una pena orientada a un fin legítimo, se estimó, se diferenciaba de la venganza y podía ser considerada una legítima limitación de la libertad^[7]. El fundamento de esta moderna ideología penal provenía del derecho de la guerra. *Hugo Grotius* explicaba en el capítulo XX de su famoso *De iure Belli Ac Pacis* (1625) que "en la consideración de las causas que puedan dar comienzo a una guerra hemos dicho que son la reparación del daño o la pena"^[8]. El fundamento, decía *Grotius*, de la de la pena es la razón de la naturaleza misma de las cosas: "Contradice la naturaleza de los hombres que se relacionan con otros hombres satisfacerse con el dolor ajeno como tal. Cuanto menos poder racional tiene el hombre, tanto más tiende a la venganza"^[9]. Probablemente esta es la razón por la cual la respuesta penal ha sido asumida en forma monopólica por el Estado, convirtiendo al derecho penal en derecho público, en el que la relación jurídica se establece entre el Estado y el delincuente. A diferencia del derecho medieval, la víctima sólo tenía en el marco del conflicto penal un papel procesal limitado a la reparación del daño causado por el delito.

"Pienso -agregaba *Grotius*- que la pena debe contemplar la utilidad del que ha pecado o de aquél cuyo interés es que no se peque, o de algún otro"^[10]. Y concluía: "El fin, de que el lesionado no sufra nuevamente lo mismo, puede ser alcanzado de tres maneras: primera, excluyendo al delincuente; luego quitándole la fuerza que le permite lesionar; finalmente, enseñándole, mediante la aplicación de un mal, que no debe pecar (...). Para que otros no repitan la lesión la pena debe ser pública y visible; entonces se podrá tomar ejemplo de ella"^[11].

Esta ideología de la pena y del derecho penal culminó con la teoría de la coacción psicológica de *Feuerbach*, que procuró definir con más precisión el fin de la pena "evidentemente necesaria". La pena, según *Feuerbach*, sería legítima si era el medio para garantizar la situación jurídica cuya existencia es el fin del Estado. "Las lesiones jurídicas de toda clase contradicen esta finalidad del Estado y es necesario, por ello, que en el Estado no tengan lugar lesiones de derechos. El Estado está autorizado y obligado a encontrar las instituciones que hagan imposible en general las lesiones de derechos"^[12]. Por lo tanto: "La pena civil (*poena forensis*) es el mal amenazado por el Estado mediante una ley y aplicado según ella" (...) "El fin de la amenaza de la pena es la intimidación de todos; el fin de la acción de infligirla es la eficacia de la amenaza legal, pues sin ella dicha amenaza se convertiría en vacía (ineficaz)"^[13].

III

La capacidad legitimante de la finalidad preventiva, lo que permitiría diferenciar la pena de la venganza, fue puesta en tela de juicio a fines del siglo XVIII. El idealismo alemán se diferencia del iluminismo en que la diferencia entre pena y venganza debe ser consecuencia de la *dignidad de la persona*: la persona es un *fin en sí misma* y *no puede ser un medio para alcanzar otros fines*. Dicho de otra manera: cambia la manera en la que el autor del delito debe ser tratado por la sociedad. La dignidad de la persona debe operar como un límite a la fundamentación del derecho penal en la razón instrumental. Por lo tanto, *lo que justifica la pena, es decir la reducción de la libertad, es la justicia de la misma, su proporcionalidad con el mal causado por el delito*. Es decir: su proporcionalidad con la culpabilidad: "El efecto jurídico de la culpabilidad es la pena (*poena*)"^[14]

Esto quiere decir que no todo medio adecuado para impedir el delito puede ser por ello legítimo. El límite del *ius puniendi*, por lo tanto, no debe ser la utilidad de la pena para alguien, sino la justicia. La nueva concepción fue expuesta por primera vez por *Kleinschrod* al cuestionar que la intimidación, en el sentido de *Feuerbach*, pudiera ser el fin principal de la pena. "No es pensable ningún derecho de castigar a una persona -decía *Kleinschrod*- a causa de todos los delitos posibles de otro, ni de usar a la persona, que es un fin en sí mismo, como medio para un fin que le es ajeno"^[15].

La misma idea fue expuesta poco después por *Kant*: "La *pena judicial* (*poena forensis*), [...] distinta de la *natural* (*poena naturalis*) no puede nunca ser impuesta como medio de favorecer bienes de otro, del delincuente mismo o de la sociedad, sino que tiene que serle impuesta porque él ha delinquido; pues la persona nunca puede ser manipulada por las intenciones de otro ni mezclada con los objetos de los derechos reales, contra el cual se protege su innata personalidad, aunque pueda ser condenado a sufrir una pena civil"^[16].

"La ley penal es un imperativo categórico"; de lo contrario "un tribunal se convertiría en un cuerpo médico colegiado" y lo sería "con desprecio rechazable, pues la justicia deja de ser tal cuando se renuncia a ella por algún precio"^[17]. El principio de justicia pública, por lo tanto, no puede ser otro que la igualdad entre el daño causado y mal sufrido como consecuencia, lo que significa que "sólo el derecho retributivo (el *ius talionis*) [...] puede determinar la cantidad y la cualidad de la pena". Cualquier otro principio sería inadecuado a la "pura y estricta justicia"^[18]. El criterio de la legitimidad de la pena, ya no es su finalidad, sino la justicia irrenunciable de la igualdad del mal causado.

Esta visión de la pena no impedía, sin embargo, mantener una conclusión ya defendida por *Rousseau*^[19], la *exclusión del delincuente del Estado*: "Aquellas infracciones de la ley pública que hacen al que las comete incapaz de ser ciudadano del Estado, se denominan simplemente crimen"^[20], ni tampoco la pena de muerte, ni la consideración del penado como un esclavo^[21].

Hegel avanzó más todavía en el famoso § 100 de sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, de 1821. El Estado debe hacer valer no sólo el concepto de delito, sino la "racionalidad formal". De ello se deduce, a mi entender, que si la acción expresa la voluntad del delincuente, éste será *honrado* como un ser racional con la pena que es su propio derecho, dado que ella está ya contenida en dicha voluntad: él quiere sabiendo que lo querido acarrea la pena; él decide merecer la pena por su acción. Por tal razón, este *honor* sólo puede brindársele si "el concepto y la medida de su pena se refieren a su hecho". De lo contrario sería tratado como un animal dañino que es necesario convertir en inocuo. Tampoco se honraría al delincuente si la pena se aplicara con el fin de intimidar o de educar al delincuente. En suma: *Hegel* rechazó expresamente la idea de *Feuerbach* pues entendía que la pena como amenaza desconocía al ser humano libre y que esto excluía su juricidad, porque entendía que esa tesis postulaba algo no diferenciable de la acción de "levantar un bastón frente a un perro" (última adición al § 99).

Respecto de la teoría de la pena de *Feuerbach*, en consecuencia, la teoría absoluta representada por *Kant* y *Hegel* era fuertemente limitativa. El legislador estaba vinculado por el imperativo de justicia y ello le impedía imponer al autor del delito, como pena, un mal superior al mal causado. El imperativo de justicia circunscribía claramente la limitación legítima de la libertad mediante la pena. Las finalidades preventivas de la pena, que habían cumplido su función para diferenciar la pena de la venganza, cuya falta de límites *Kleinschrod* ya objetaba a la tesis de *Feuerbach*^[22], se tornaban ilegítimas limitaciones de la libertad.

IV

El derecho penal de la primera mitad del siglo XIX, por lo tanto, se basó en una clara distinción entre pena, por un lado, y seguridad o defensa de la sociedad ante el peligro de futuros delitos, por otro. El derecho penal debía limitar la libertad sólo en la medida del mal causado por el autor, su *dirección temporal debía ser el pasado*, no la prevención de futuros delitos. La defensa anticipada de la sociedad quedaba fuera de la legítima función del derecho penal. Ejemplo: al comienzo de su revisión de los conceptos fundamentales del derecho penal *Feuerbach*, antes de formular su teoría de prevención general, expuso una premisa importante: "la pena se diferencia de la seguridad y la defensa"^[23]. La función del derecho penal, en suma, debe ser distinta de la función policial de prevención^[24].

Precisamente esta premisa ideológica del derecho penal fue cuestionada por los positivistas de la segunda mitad del siglo XIX. La consigna principal del *Marburger Universitätsprogramm* de 1882, no ofrecía duda alguna: "Nosotros queremos dejar totalmente de lado la pena retributiva" [...] "La idea de fin, que hasta ahora nos ha guiado feliz y seguramente, tiene que continuar siendo nuestra conductora. Nuestra concepción de la pena como protección de bienes jurídicos requiere ineludiblemente que en el caso particular se imponga aquella pena (por contenido y extensión) que sea necesaria para la protección del mundo de los bienes jurídicos mediante ella. La pena correcta, es decir la pena justa es la pena necesaria"^[25]. Detrás de este programa se encuentra la negación de la libertad del individuo y su reemplazo por la concepción determinista.

A partir de aquí se postuló *una nueva dirección temporal hacia el futuro*, es decir un derecho basado en la prevención. La idea no era nueva. Lo nuevo era su desarrollo. La prevención debía ser adaptada a las necesidades determinadas por las distintas especies de delincuentes empíricamente constatadas. El derecho penal no debe tratar de la misma manera al delincuente ocasional, que al susceptible de ser reeducado o que al imposible de ser reeducado. Dicho de otra manera: el Estado estaría legitimado para limitar la libertad cuando ello sea necesario para impedir delitos futuros según la especie del autor. De esta manera la necesidad (metafísica) derivada del imperativo de justicia era reemplazada por la necesidad (política) impuesta por la defensa ante el delincuente peligroso.

"La pena -decía *v. Liszt*- alcanza su fuerza total y propia en la ratificación de la voluntad del orden jurídico y en la ejecución penal mediante la coacción punitiva" (...). *Liszt* llegó, inclusive, a la conclusión de que "la función de la pena también puede llegar a la sustracción al delincuente inútil para la sociedad de su posibilidad física de comisión de nuevos delitos separándolo de la sociedad, en forma temporal o definitiva (*selección artificial*). Aquí hablamos de hacer inocuo al delincuente"^[26]. "La sociedad tiene que protegerse del irrecuperable; y dado que no queremos decapitarlo ni colgarlo y que deportarlo no podemos, sólo nos queda el encierro perpetuo (o por tiempo indeterminado)"^[27].

Estas ideas de *v. Liszt* han sido la base de la revisión del derecho penal clásico incorporando a la función del derecho penal la defensa de la sociedad, otorgándole al Estado la función de la selección artificial respecto de la especie humana, con la correspondiente reducción de la libertad que ello significaba. De una u otra manera, esta ideología inspiró a la segunda generación de reformas de los códigos penales europeos, cuyo modelo fueron los proyectos y códigos penales italiano de 1930 y suizo entrado en vigor en 1937, que previeron para los delincuentes habituales medidas de segregación no limitadas por la gravedad de la culpabilidad.

De esta manera, las consecuencias jurídicas limitadoras de la libertad ya no se justificaban sólo frente al autor culpable y en la medida de su culpabilidad por el delito cometido. Se postuló una extensión del derecho penal a la prevención frente al peligroso y dio comienzo el *discurso de la segregación*. El derecho penal se convirtió en un derecho penal de defensa social, es decir un derecho penal que, si fuera necesario, estará legitimado para utilizar la persona del autor como medio para mantener la seguridad de la sociedad. La idea moral de persona desarrollada por el idealismo alemán fue seriamente relativizada a partir del "descubrimiento" de la peligrosidad. Decía *Aschaffenburg*, criticando el derecho del siglo XIX: "Un perro que muerde, debe estar atado con una cadena; ¡desgraciado del amo que no cumpla con ello! Pero a un hombre peligroso para la sociedad se le deja libre con permiso del Estado"^[28]. Exactamente la comparación de la persona con el animal que censuraba *Hegel*.

El nuevo discurso asumió, al menos dos formas. Por un lado se pensó que ante el delito la sociedad adquiriría el derecho de segregar al autor por un tiempo indeterminado: es el discurso de la llamada "*sentencia indeterminada*": "el sistema -decía *Jiménez de Asúa* en su tesis doctoral- por el cual se somete a una persona al régimen penal exactamente como un enfermo es enviado a un hospital hasta que su curación sea absolutamente completa"^[29]. Exactamente lo que censuraba *Kant*, que los tribunales devinieran cuerpos colegiados de médicos.

Pero la manifestación de este discurso de segregación que se impuso en las legislaciones es la expresada por la teoría de las medidas de seguridad y el llamado *derecho penal de doble vía*, que junto a la pena por la culpabilidad preveía también medidas de seguridad contra el peligroso, incluso acumulativamente. De esta manera la posibilidad de limitación de la libertad se amplió considerablemente. "Medidas de seguridad -definía *v. Liszt*- son medidas estatales mediante las que se procura la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educativas y de mejoramiento) o la segregación de la sociedad de los incapaces de adaptación"^[30]. Estas medidas deben *reemplazar la pena*, cuando el autor es incapaz de culpabilidad, o *completarla*, cuando la pena es insuficiente para los que, después de cumplida la misma, manifiestan la peligrosidad propia de la habitualidad. El medio propuesto a estos efectos fue la medida de seguridad caracterizada con diversas denominaciones tales como *internamiento en casa de trabajo*, *en granjas agrícolas* o *custodia de seguridad*.

Los proyectos alemanes previeron a partir del de 1919 tal *custodia de seguridad* aplicable *después* del cumplimiento de la pena, que inicialmente se previó una duración de hasta cinco años y que actualmente el DStGB ha extendido hasta 10 años de duración. Los Proyectos austriaco, suizo, danés y sueco posteriores a la primera guerra mundial adoptaban medidas semejantes[31]. Desde su creación las medidas de seguridad han tenido un campo común con las penas: "Ambos institutos jurídicos -explicaba *v. Liszt*[32]- se relacionan como círculos secantes: la pena puramente intimidante (pena retributiva) y la pura medida de seguridad se oponen una a la otra; pero, dentro de su campo común, la medida de seguridad puede reemplazar a la pena (operar con ella vicarialmente) y viceversa".

Es necesario subrayar que las medidas de seguridad no se limitan a las aplicables a los declarados exentos de responsabilidad (p. e.: incapaces de culpabilidad), como erróneamente pensó nuestro legislador en 1995, sino que también pueden alcanzar a personas responsables que manifiestan serio riesgo de reincidencia. La incomprensión del legislador de 1995 lo llevó a una rara mezcla de las relaciones de la pena y la seguridad frente a reincidentes y habituales, previendo para éstos un aumento de la pena, con fines puramente aseguradores, difícilmente compatible con el derecho penal de culpabilidad.

La legitimación de la reacción penal en la necesidad defensiva condujo consecuentemente también a nuevas instituciones como la *condena de ejecución condicional*, para las penas cortas privativas de la libertad, o la *libertad condicional*, que permitía renunciar a la continuación de la ejecución cuando ello se mostrara innecesario.

La ideología de la dirección del derecho penal hacia el futuro, es decir preventivo, permitía serias limitaciones de la libertad, sobre todo en la franja de la estadística criminal en la que se registra la criminalidad de gravedad media. La pena necesaria y la necesaria medida de seguridad tenían simplemente la duración requerida para que el autor no reincidiera. Lo necesario era legítimo.

Después de la Segunda Guerra Mundial la oposición a la filosofía penal del positivismo dio lugar a una importante revisión de su ideología penal y la política criminal en ella inspirada. Las experiencias vividas convirtieron a la *dignidad de la persona* y al *derecho al libre desarrollo de la personalidad* en el centro de los valores fundamentales del Estado (Constitución italiana de 1948, art. 2; Ley Fundamental alemana de 1949, arts. 1 y 2; Constitución española, art. 10; Constitución griega, art. 5) Las consecuencias de la idea de segregación que había inspirado las medidas de seguridad fue entonces considerablemente reducida. Los medios para esta reducción fueron: el fortalecimiento del *principio de culpabilidad* en el ámbito de las penas, la introducción del *principio de proporcionalidad* para las medidas de seguridad y, sobre todo, de la *idea de resocialización* en lo concerniente a la ejecución de penas y medidas, que en España llegó a ser incorporada al catálogo de derechos fundamentales (art. 25. 2 CE[33]).

Sin embargo, el programa político criminal del Proyecto Alternativo alemán de 1966, que acentuó estos puntos de vista, no prescindió ni de la *pena perpetua de privación de la libertad*, ni de la *custodia de seguridad*, aunque subrayó fuertemente los aspectos de terapia social de una ejecución basada en el tratamiento. De todos modos, en la práctica la resocialización sólo determinó que tanto la reclusión perpetua como la custodia de seguridad, de duración casi indeterminada, debían permitir que el condenado pudiera, en sucesivas revisiones de su situación, reintegrarse a la vida libre en la sociedad y que su ejecución debía contemplar aspectos de terapia social[34].

V

El programa político del derecho penal de la resocialización, formulado hace casi medio siglo, condiciona su legitimación a la comprobación empírica de sus resultados prácticos. Pero, esta comprobación no ha sido nunca lograda satisfactoriamente. Como dice *Hassemer*, "la búsqueda de una solución concluye en un *no-saber*. No sólo la teoría de la prevención individual es deudora de una respuesta a la pregunta por sus efectos; tampoco la teoría de la prevención general reformulada puede ofrecer datos sobre la medida en la que actúan la amenaza penal y la ejecución penal como modelo del control social. Las teorías preventivas quedan como esperanza de solución, no más"[35]. Sin perjuicio de la falta de comprobación empírica, el programa fue sometido a otras objeciones ideológicas que denunciaban la ausencia de un derecho de la sociedad para imponer coactivamente un tratamiento de adaptación a sus valores.

La reacción frente a una fracasada legitimación del derecho penal en conocimientos empíricos de las ciencias sociales, fue la renuncia a la legitimación del derecho penal como instrumento de prevención especial. En lugar de la legitimación basada en la *razón instrumental*, se propone legitimar el derecho penal por medio de la *razón comunicativa*[36]. Desde esta perspectiva la pena es legítima pues tiene la función de comunicar socialmente la desaprobación de la norma violada por el autor y, de esta forma, ratificar y estabilizar las expectativas normativamente garantizadas. "La pena es la demostración de la validez de la norma a costa del responsable. De ello se desprende un mal, pero no ha cumplido su función con este efecto, sino sólo a través de la estabilización de la norma vulnerada"[37]. Este concepto no excluye una ejecución penal basada en el tratamiento ni la humanización del mismo.

La idea de que el derecho penal sólo tiene la función de ratificar la vigencia de la norma vulnerada y de desautorizar la conducta que vulneró la norma conduce necesariamente a plantear autónomamente la cuestión la justificación del mal que, en todo caso, es consustancial con la pena. ¿Podría el derecho penal cumplir su función sólo mediante la expresión de la desaprobación del hecho? ¿Cómo se justifica que el Estado, además de desaprobado el hecho, esté autorizado a infligir un mal al autor? Cabe pensar que la ratificación de la norma puede ser lograda con la simple declaración pública de desaprobación de la conducta por parte del Estado. En estos casos la aplicación del mal sería superflua y se debería renunciar a ella[38], o sería suficiente con una reserva de pena[39] o con aplicar una pena leve siempre y cuando ello no signifique bagatelizar el bien jurídico lesionado[40]. Tomada en un sentido estricto, por lo tanto, la teoría de la prevención general positiva debería conducir a una notable limitación del derecho penal actual. Si no se sabe para qué sirve el mal que actualmente acompaña al reproche, su necesidad deviene problemática. La cuestión no es simple. Diversos autores piensan que, de todos modos, el mal de la pena, entendido como pérdida de derechos, es necesario para que la ratificación de la norma sea realmente eficaz[41], o porque el autor no sólo ha vulnerado el orden jurídico, sino

también privado a otro de un bien importante, lo que requiere un respuesta basada en el principio de justicia[42], o porque es suficiente con esperar una contribución positiva a la prevención general[43].

Éste es el estado de la discusión actual. No puedo tomar todavía una posición definitiva, pero es posible suponer que el derecho penal puede entrar en una fase crítica en la que la ciencia penal y la opinión pública se opongan manifiestamente. Hoy parece que el público está más inclinado hacia la venganza y poco preocupado por el principio de proporcionalidad. Habrá seguramente dificultades para descubrir un punto de encuentro. Esta se percibe actualmente en la tendencia al populismo y al oportunismo[44] de la legislación penal que alientan cotidianamente los medios de comunicación y que los Parlamentos adoptan con frecuencia. En cualquier caso es conveniente señalar que la capacidad preventiva del derecho penal es reducida. El problema de la seguridad y el de la pena tradicionalmente se han desarrollado separadamente: la prevención requerida por la seguridad pública sólo es cumplida por el derecho penal en una medida menor. La prevención sociológicamente más importante es la policial. Es totalmente equivocado creer que el derecho penal puede por sí solo resolver el problema de la seguridad pública.

VI

Últimamente las discusiones sobre la ideología del derecho penal han girado en torno al llamado "*derecho penal del enemigo*" en la versión que del mismo ha elaborado *Günther Jakobs*. No he de reproducir aquí los términos de la polémica. Daré solamente mi punto de vista[45].

La cuestión es en lo conceptual antigua. *Kant* y *Hegel* entendieron que un derecho penal dotado de funciones preventivas afectaba decididamente la dignidad de la persona, pues implicaba su tratamiento como cosas, es decir como objetos materiales[46]. *Rousseau* pensaba que "todo malhechor que ataque el pacto social deviene rebelde y traidor a la patria y violando sus leyes cesa de ser miembro y hace la guerra [al pacto social]. Por lo tanto, la conservación del Estado es incompatible con la suya"[47].

La tesis de *Jakobs* proviene de esta tradición de pensamiento. Se basa, en primer lugar, en distinguir entre sancionar para ratificar la norma vulnerada por el culpable, que considera la función genuina del derecho penal, y el tratamiento (preventivo) del posible delincuente como fuente de peligro para el modelo orientador de conducta de la norma, una función propia del derecho de policía que "ensucia el derecho penal"[48] actual. En segundo lugar, la tesis de *Jakobs* deduce de esta configuración del sistema penal vigente que sólo en el primer caso el derecho penal trata al sujeto como persona, es decir como alguien al que se reconoce la plenitud de sus derechos. Cuando el derecho trata al sujeto como fuente de peligro, por el contrario, no lo trata como persona. Esta conclusión no es el fundamento de un programa de política criminal; es una descripción del derecho vigente. *Jakobs* explica que un derecho penal, como el actual, que tiene instituciones como la custodia de seguridad, que adelanta la punibilidad a las asociaciones ilícitas como tales, que prevé en su procedimiento penal la incomunicación, las intervenciones telefónicas y otras formas de injerencia en la intimidad para prevenir la comisión de delitos, que emplea en la investigación agentes encubiertos, que utiliza la prisión provisional en casos de alarma social etc. *no trata al sujeto como una persona, sino como una fuente de peligros*, con una fuerte reducción de sus derechos procesales y a la presunción de inocencia y, consecuentemente, como un enemigo, por lo que, no sería un Estado de Derecho pleno[49]. La posibilidad de diferenciar conceptualmente entre personas y fuentes humanas de peligro que carecen de los derechos (sobre todo procesales) garantizados por la Constitución, es en realidad más un problema de definición que otra cosa [50].

Hasta aquí, la descripción, en tanto no es la recomendación de un programa para el tratamiento de sujetos como fuente de peligro, puede servir para una denuncia principista de las limitaciones vigentes del Estado de Derecho. *Jakobs* explica que "cuando se habla del derecho penal del enemigo no se quiere significar al mismo tiempo 'procesos sumarios', 'penas por sospecha', 'descuartizamiento público para intimidar' o procedimientos similares"[51]. Podemos agregar: cuando se habla de derecho penal del enemigo se habla de instituciones del derecho vigente hoy.

A partir de aquí, a mi modo de ver, el problema es la legitimidad de estas instituciones ya existentes en el derecho vigente cuya finalidad se suele justificar en la protección de la seguridad. La verdadera cuestión gira en torno a si el Estado de Derecho puede invocar derechos de necesidad como fundamento de las medidas de neutralización de sujetos peligrosos. La discusión está abierta. Por un lado se sostiene que la invocación de los principios de la necesidad no están a disposición del Estado y que una defensa de la seguridad basada en el estado de necesidad no es legítima[52]. Por otro, se afirma que las medidas del derecho penal del enemigo deben ser "limitadas a lo necesario", pues "la renuncia a tales instrumentos puede vaciar el derecho de los ciudadanos a la seguridad"[53], reconociendo que "el problema de los límites no tiene aun solución"[54]. Éste es el problema ideológico real de nuestro tiempo: ¿hasta dónde puede intervenir el Estado mediante el derecho penal, si es que está autorizado a hacerlo, para garantizar la seguridad colectiva? No es recomendable enturbiarlo con una simple discusión de palabras. Debemos poner en claro cómo se debe tratar a una persona y bajo qué condiciones es legítimo restringir sus derechos por ser considerado como una fuente de peligros.

[1] Confr. *J. Ferrater Mora*, Diccionario de Filosofía abreviado, 1982, p. 207.

[2] Confr. *L. Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, 2003, que considera que las garantías penales para las clases sometidas "funcionan como instrumentos de *clasificación, disciplina y represión*" (p. 181) y considera que actualmente es necesario un nuevo derecho penal cuyos contenidos deben ser "los comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad" (p. 217).

[3] Confr. *R. v. Hippel*, Deutsches Strafrecht I, 1925, p. 461 y ss.

[4] Dei delitti e delle pene, 1764, Capítulo XV (edición de *G. D. Pisapia*, 1973, que concuerda con el orden de los

capítulos aprobado por el propio *Beccaria* de la edición de 1774 de la *Società dei Filosofi*, fechada en Londres y que contiene los comentarios de *Voltaire*).

[5] *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Capítulo 14.

[6] *J. G. Fichte*, *Das System der Rechtslehre*, 1812, citado según la edición de los *Ausgewählte politische Schriften*, editados por *Z. Batscha* y *R. Saage*, 1977, p. 217 y ss. [316].

[7] *Grotius*, *De iure Belli ac Pacis*, 1625, p. 49; *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Capítulo 28. La distinción entre pena y venganza tiene su razón de ser, muy probablemente, en la filosofía de la pena del cristianismo. El punto de partida es el Sermón de la Montaña (*Lucas*, 6,27; *Mateo*, 5, 43) en el que se predica un nuevo significado a la aforismo bíblico "ojo por ojo, diente por diente". En el Evangelio se entiende que el amor al prójimo no tiene límites frente a nuestros enemigos. El entendimiento de esta prédica se manifiesta en la práctica en esta distinción entre pena y venganza. Lo que habría querido excluir el Sermón de la Montaña es la venganza. De todos modos, que el deber hacia los enemigos, que estaba ya en el Antiguo Testamento (*Éxodo*, 23; en otro sentido: *Ester*, 9; menos claro en *Job*, 16), no tuviera allí un sentido tan claro. En el derecho eclesiástico, sin embargo, distinguió *poenae medicinalis* y *poenae vindicativae*. La primera tenía la finalidad de curar el alma del pecador. La segunda servía para la expulsión de la Iglesia del miembro infectado (confr. *C. L. von Bar*, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, 1882, p. 82 y ste.).

[8] *Ibidem*, p. 39.

[9] *Grotius*, loc. cit. p.49.

[10] *De iure Belli ac Pacis*, 1625, p, 51.

[11] *Ibidem*. p. 53 y s.

[12] *P. J. A. Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. edición 1847, pags. 36 y 37.

[13] *Ibidem*, p. 39. En forma similar *J. G. Fichte*, loc. cit. p. 320 y ss.

[14] *I. Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed. 1798, p. 29 y s.

[15] *G. A. Kleinschrod*, loc. cit. p. 113 y s. *Kleinschrod* admitía que la pena "no puede tener otro fin que evitar delitos futuros" (p. 102).

[16] *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 197.

[17] *Ibidem*.

[18] *Ibidem*. p. 198. Sin embargo, *Kant* consideraba dudoso que merecieran la pena de muerte el infanticidio y el duelo, p. 204.

[19] Confr. *J. J. Rousseau*, *Du contract social*, 1762, L. II, Cap. V. Ver al respecto: C. Pérez del Valle, en *CPCr* 75 (2001), p. 597 Y SS.

[20] *Ibidem*, p. 196.

[21] *Ibidem*, p. 199.

[22] Loc. cit. p. 112.

[23] *Revisión del Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1, 1799, p.19.

[24] *P. J. A. Feuerbach*, citado p. 704 y ss.

[25] *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I 1905, p. 160 y s.

[26] 1921, p. 7. La idea de inocuización se encuentra ya en *Kleinschrod*, loc. cit. p. 103, pensaba que la sociedad podía hacer inocuo a un delincuente tanto física como moralmente.

[27] *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 1882, citado según *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I 1905, p. 126 y ss. [169].

[28] *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, 1906, p. 265.

[29] *L. Jiménez de Asúa*, *La sentencia indeterminada*, 1913, p. 62.

[30] Loc. cit. p. 246.

[31] Confr. *F. Grispigni*, *Il nuovo Diritto Criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria*, 1911.

[32] *Lehrbuch*, citado, p. 247

[33] El Tribunal Constitucional ha eliminado en la práctica este derecho fundamental con dudosos argumentos (ver STC...).

[34] En Francia y en Holanda se dieron corrientes de pensamiento similares: en Francia ver M. Ancel, *La*

Défense Sociale, 1985, con un programa poco claro de reformas del derecho penal. En Holanda ver: La Criminologie et la Philosophie pénal de l'école d'Utrecht, de varios autores y con prefacio de *J. Léauté*, 1977.

- [35] Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, p. 298.
- [36] *E. Bacigalupo*, en *C. Gómez-Jara Díez* (Ed.), Teoría de sistema y Derecho Penal, 2005, p. 319 y ss.
- [37] *G. Jakobs*, Strafrecht, 2ª edición, 1991, p. 6.
- [38] *K. Günther*, Fest. f. Lüderssen, 2002, p. 205, 215.
- [39] *W. Hassemer*, Fest. f. Spinellis, p. 399 y ss.
- [40] *Streng*, Mschr Krim, 2004, p. 127 y ss.
- [41] *G. Jakobs*, Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, p. 30; similar *W. Frisch*, en festskift till Nils Jareborg, 2002, p. 207 y ss.
- [42] *K. Kühn*, en Fest. f. A. Eser, 2005, p. 160.
- [43] *A. v. Hirsch*, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, 2005, p. 37.
- [44] *C. Prittitz*, en *G. Cocco*, Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale, 2005, p. 81 y ss.
- [45] Conviene advertir que la expresión "derecho penal del enemigo" difícilmente puede ser relacionada con la posición sostenida por *Carl Schmitt* en su monografía *Der Begriff des Politischen*, 1932, 5ª reedición de la de versión de 1963, en la que dice: "También el enemigo tiene un status; no es un delincuente" (prólogo de 1963, p. 11) y "el enemigo político no es necesariamente malvado ni estéticamente feo (...) El es sencillamente el otro, un extraño, (...) de tal manera que en un caso extremo es posible un conflicto con él" (texto de 1932, p. 27).
- [46] En este punto me parece que se equivoca *L. Gracia Martín*, Homenaje a R. Morurullo, 2005, p. 447 [488] cuando sitúa la cuestión en el concepto de persona de *Kant*. La cuestión se refiere al tratamiento que requiere una persona (de carne y hueso) por parte del Estado.
- [47] Loc. cit. cap. V.
- [48] *Jakobs*, en ZStW 117 [2005], 840.
- [49] Sobre el nivel de garantías del Estado de Derecho, entendido sin ninguna renuncia: *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004. Ver la reseña de *Jakobs*, ZStW 117 [2005], p. 418 y ss.
- [50] La definición de persona no es un problema nuevo en la ciencia jurídica: *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2ª edición 1960, p. 176 y ss., ya demostró convincentemente que la llamada "*persona natural*", en tanto portador de derechos y deberes (ver C. Civil, art. 29 y ss.) es una construcción jurídica tan "artificial", como la de las personas jurídicas.
- [51] ZStW 117 [2005], 846.
- [52] *M. Jahn*, loc. cit.
- [53] *G. Jakobs*, en ZStW 117 [2005], p. 847.
- [54] *Ibidem*, p. 846. Preguntado en una entrevista sobre "¿Cuál es su análisis del trato que reciben los prisioneros de Guantánamo?", *Jakobs* respondió: "Ahora que han pasado varios años desde los atentados de las torres, es inadmisibles que se haya mantenido la misma situación sin haber cambiado el status jurídico de los propios sujetos" (Ver "La Nación", Buenos Aires, 26-7-2006).

Imprimir

Circunstancia. Año VI - N^o 16 - Mayo 2008

Ensayos

EL TERRORISTA Y SU DERECHO: SOBRE LA POSICIÓN TEÓRICO-JURÍDICA DEL TERRORISMO MODERNO

Michael Pawlik

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

A. La guerra reglada (gehegter Krieg)

“Todo ciudadano está obligado a resistir con armas de toda clase al enemigo invasor, a no obedecer sus órdenes y edictos y en el caso de que el enemigo pretenda imponerlas por medios violentos, a dañarlo con todos los medios a su alcance”. En este sentido corresponde especialmente “impedir al enemigo el asalto así como la retirada, acosarlo permanentemente, secuestrarle munición, alimentos correspondencia o soldados, destruir sus hospitales, asaltarlos por la noche, inquietarlo, crearle situaciones penosas, anular su capacidad, aniquilarlo individualmente o en grupo, allí donde sea posible”. Esto prescribía el Rey de Prusia Friedrich Wilhelm III en el Decreto de 21 de abril de 1813^[1] sobre los ataques al territorio (Verordnung über den Lanssturm). *Carl Schmitt* no exagera cuando considera las páginas de la Colección Prusiana de Leyes, en las que está impreso este decreto, como “las páginas más sorprendentes de todas la colecciones legislativas del mundo”^[2]. En ellas tiene lugar nada menos que la primera legitimación de la guerra de partisanos – y esto en un Estado con una conciencia de las formas y una voluntad de orden inigualables. El Decreto sobre ataques al territorio sólo rigió tres meses. El 17 de julio de 1813 el peligro partisano había desaparecido^[3]. El fin de la guerra tuvo lugar en los combates de los ejércitos regulares en Vittoria, Leipzig y durante la marcha sobre París.

Lo llamativo del Decreto comentado es precisamente que dejó de lado, aunque sólo haya sido por el breve tiempo de su vigencia, los principios básicos del derecho europeo de la guerra. Este derecho se basaba en una serie de claras distinciones: la distinción entre guerra y paz –entre ellas no había una tercera categoría, según ya enseña *Grotius*^[4]–, la distinción entre combatientes y no combatientes y por último la distinción entre enemigos y delincuentes^[5]. En este régimen la figura del partisano no tenía cabida. “Él es –como en la guerra de gabinetes del siglo XVIII– una especie de tropa regular, aunque de menor importancia y especialmente móvil, o bien un delincuente especialmente temible lisa y llanamente fuera del orden jurídico”^[6].

Guerras regladas son, en el sentido de una institución social jurídicamente ordenada^[7], como lo apunta el científico político berlinés *Herfried Münkler*, “obras de arte políticas”^[8]; partiendo del sistema westfaliano^[9], tales guerras constituyen, vistas desde la perspectiva de la historia, una rara excepción^[10]. El esfuerzo por llevarlas a cabo sólo puede tener esperanza de éxito cuando los bandos combatientes pueden transmitir motivaciones suficientemente fuertes para observar las reglas tradicionales, cuando el resultado de la guerra, como en abril de 1813, está en el filo de la navaja o cuando amenaza la derrota. La retribución, que el sistema westfaliano del derecho internacional preveía para la observancia de esas reglas, consistía en primera línea en la igualdad de principio de todos los Estados “y la moneda en la se la pagaba era el reconocimiento de la soberanía”^[11]. Comportarse contra las reglas de forma grave implicaba arriesgar, en palabras de *Münkler*, “el premio de la igualdad y la pérdida tenía tan graves consecuencias que era preferible correr el riesgo de la derrota aceptando pérdidas territoriales”^[12]. A ello se añadían las particularidades propias de la organización militar. Las disposiciones para la protección de la población civil reflejaban la transición de una estrategia de destrucción económica del enemigo arrasando su territorio, como la que para desgracia de Alemania caracterizó la Guerra de los Treinta Años, hacia otra estrategia en la que –diciéndolo con *Clausewitz*– la batalla principal se convirtió en el “auténtico centro de gravedad de la guerra”^[13]. En este tipo de batallas los civiles no eran necesarios y fue precisamente su irrelevancia para la decisión de la guerra lo que posibilitó su protección^[14].

En 1813 estos puntos de vista tenían todavía suficiente peso, como para motivar al gobierno prusiano a la reconducción de la guerra popular, recientemente percibida, al marco tradicional de la guerra de ejércitos. En el Congreso de Viena fueron ratificados los principios del clásico derecho de la guerra^[15]. Sobre esas bases se elaboraron a lo largo del siglo XIX una serie de convenciones y reglas relativas a la guerra^[16] a las que los Estados se ajustaron ampliamente, inclusive durante la Primera Guerra Mundial^[17]. Según la científica política británica *Mary Kaldor*^[18] esos principios configuraban “un instrumento para preservar el concepto de la guerra como un medio racional de la política en condiciones, bajo las que la lógica propia de la guerra condujo a la tendencia a vincularse a crecientes posibilidades técnicas en nuevas dimensiones de destrucción”. En el siglo XX se rompieron los diques de contención. Precisamente entonces sonó la hora de los partisanos – desde las agrupaciones de partisanos de la Segunda Guerra Mundial, pasando por los movimientos de liberación posteriores a 1945, el Vietcong y la Rote Khmer, hasta llegar a los combatientes islamistas en Afganistán y en otros lugares.

B. Terrorismo y conducción de la guerra

La guerra de partisanos es “un modo de lucha de los débiles”^[19]. El partisano sabe que no está en condiciones de afrontar abiertamente un conflicto militar. Él busca a cualquier precio evitar la batalla que decida la guerra. En su lugar su objetivo es la disposición a resistir y la capacidad de resistencia del enemigo^[20]. En la guerra de partisanos la distinción entre frente y retaguardia deviene obsoleta, lo que obliga a los soldados enemigos a una disposición permanente al combate; a ello se agregan los costos crecientes de la guerra^[21]. En el momento en el que los argumentos económicos de los publicistas se suman a los de los empresarios, el triunfo de los partisanos

ya no es lejano[22]. La hora de los partisanos es la llegada de la oscuridad y su arma más importante es su invisibilidad (Unerkennbarkeit), sólo desvelada brevemente: en el asalto, en el tiroteo[23]. Por esta razón los partisanos dependen de la población civil, que es la que les abre sus lugares de recogimiento, les proporciona apoyo logístico y está dispuesta al sacrificio de soportar las represalias del enemigo[24]. De aquí surge el llamado por *Carl Schmitt*[25] "carácter telúrico del partisanismo", su organización esencialmente defensiva: la guerra de los partisanos sólo puede ser llevada a cabo en el propio país; no en el territorio del enemigo[26]. Incluso para la selección de los objetos de su ataque, el partisano debe tener en consideración su dependencia de la población civil. Sólo debe buscar sus víctimas entre los miembros del ejército del enemigo y, en todo caso, entre los colaboradores de éstos. Golpear la mano de quien los arropa, sería literalmente mortal para los partisanos.

También el terrorismo es desde siempre un arma de los débiles, es decir de aquellos que no poseen ningún poder militar convencional[27]. De la misma manera que el partisano, también el terrorista actúa desde la clandestinidad y huye de la lucha abierta. Sin embargo, mientras la lucha partisana se mantiene en el marco de la estrategia militar y en principio sólo contempla el ataque al combatiente[28], el terrorista recurre, para imponer sus fines políticos, a lo *simbólico*, a la producción de miedo y terror mediante la violencia[29]. La destrucción provocada por un atentado terrorista debe ser "una señal de fuerza decidida e incalculable"[30]. Ella opera, por lo tanto, como una forma de manifestar a la población agredida: "la próxima vez puede tocaros a vosotros"[31], minando de esta manera su confianza en la continuidad pacífica del propio mundo vital. "La casualidad deviene en una cierta medida una aliada del terror"[32]. Aunque pueda parecer cínico: el terrorismo es en primera línea una estrategia de comunicación[33]. De esta forma el terrorista escapa de la mayor parte de las limitaciones de acción que tiene el partisano. El terrorismo, por otra parte, es "económico", es decir, con materiales y personal comparativamente reducidos puede alcanzar efectos relativamente importantes[34], y es, además, ampliamente independiente del apoyo de la sociedad civil. En la medida en la que el terrorismo utiliza la infraestructura civil del país atacado y, al mismo tiempo, los convierte en su propia arma, puede pasar de la defensiva a la ofensiva y llevar el conflicto al territorio del enemigo[35].

El terrorista motivado religiosamente[36] es por lo demás ampliamente independiente respecto de las restricciones que podrían afectar a los partisanos y a los movimientos terroristas nacionalistas o de revolucionarios sociales en lo concerniente a la selección de sus víctimas. La "trascendencia de los motivos y metas más allá de la pura dimensión política"[37] conduce a una violencia casi ilimitada contra todo el que no pertenezca al pequeño círculo de los creyentes[38]: "la desmesura como principio de la acción", como lo expresa *Isensee*[39]. Si lo que le importa al terrorista religiosamente motivado no es sólo transformar el orden político en su país, sino el ataque al orden internacional en su totalidad -iGuerra a occidente!- el ámbito de los posibles lugares atacables se ampliará considerablemente[40]. En los tiempos del llamado terrorismo transnacional[41] el terror se convierte en global y ubicuo. Además al terrorista, cuya religión le asigna para el caso de su inmolación la corona de los mártires[42], se le ofrecen alternativas especiales de acción[43]: ya señalaba *Pufendorf*[44] que "El que no teme a la muerte, no teme a nada". No tiene por qué preocuparse de calcular los riesgos o de su seguridad ante riesgos posibles, sino que puede concentrarse en alcanzar la meta de la máxima destrucción, entrando de esta manera en "la forma probablemente más pérfida de la inmortalidad"[45].

El terrorista motivado religiosamente no puede liberarse de una dependencia: su mensaje tiene que ser dado a conocer. Existe una indisoluble conexión entre el terrorismo, que el científico político norteamericano *Bruce Hoffman*[46] caracteriza como una "forma pervertida del negocio del show", y los medios masivos de comunicación[47]. A los medios le corresponde la función de una correa de transmisión, de un amplificador masivamente eficaz de las actividades terroristas[48]. Sin resonancia pública el terror sería literalmente pulverizado[49]. Pero los medios no son, como lo constata el viejo maestro de la investigación sobre el terrorismo *Walter Laqueur*, "amigos confiables", porque operan en forma cambiante y por tal razón los terroristas se ven obligados a ser "siempre inventivos"[50]. La dependencia del terrorismo de los medios genera una lógica especial de constante elevación, que obliga a los grupos de terror a una competencia por ofrecer siempre más[51] y que otorga preferencia a los atentados terroristas particularmente los realizados en Estados con alta concentración comunicativa y una opinión pública con especial sensibilidad para la recepción de imágenes[52]. Esta mezcla de desconsideración ideológicamente preformada y del dictado de los medios no presagia nada bueno para el futuro. Según todas las previsiones después del 11 de septiembre la espiral ascendente no ha alcanzado todavía su último nivel[53].

Como principal característica del terror se hace referencia a menudo a su "sinsentido"[54]: el terror tendría por meta provocar puro temor, nada más, y, por ello, sería irracional[55]. Sin embargo no es así. En el caso del moderno terrorismo islamista transnacional se trata, por el contrario, de una estrategia altamente racional; "es la consecuencia lógica de la táctica desarrollada en conflictos actuales"[56]. El terrorismo moderno reacciona a un desplazamiento de los riesgos de la guerra antes inimaginables, a los que ha conducido el rápido desarrollo de la tecnología armamentista. Según la opinión de *Carl Schmitt* en la guerra clásica existía para ambas partes "una cierta posibilidad, un mínimo de posible victoria"[57]. También en la batalla las perspectivas de un soldado de matar o ser muerto eran, por lo general, iguales, por lo que *Clausewitz*[58] pudo definir la guerra como un "duelo ampliado". Esta caracterización puede estar superada a la vista del armamento tecnológico alcanzado por las potencias occidentales, sobre todo los de USA, y reemplazada por una situación que el filósofo social norteamericano *Michael Walzer* designa como "guerra sin riesgo"[59]. El piloto de un bombardero o la tripulación de un navío de guerra, del que pueden ser disparados cohetes, se encuentran por regla fuera del alcance de las armas enemigas. Una guerra llevada a cabo con estos medios -me remito a las intervenciones humanitarias en la ex Yugoslavia y las dos últimas guerra de Irak- ha perdido los caracteres del duelo clásico y como dice *Munkler* con dureza, pero acertadamente, se acerca más a "una cierta forma de combate de plagas"[60]. Dicho con palabras del sociólogo *Wolfgang Sofsky*[61] las acciones de este tipo ofrecen "un espectáculo de decisión sin riesgo" -ideal para una sociedad que "cree en una misión moral, pero que no quiere pagar por ello ningún precio"[62]. De esta manera es tomada en cuenta la mentalidad de las actuales democracias occidentales, caracterizadas a menudo como "post heroicas": la necesaria cobertura de las espaldas políticas para las operaciones militares por lo general sólo se obtiene, en todo caso siempre y cuando no se trate abiertamente de ser o no ser, allí donde, para tranquilizar la propia conciencia, la confrontación puede ser reducida en los medios de comunicación a una serie de "intervenciones quirúrgicas"[63].

El actual terrorismo islamista responde a esta asimetría con otra asimetría: mientras el contrario se hace inatacable, el terrorismo se hace invisible y –gracias a su novedosa red estructural transnacional[64]– ampliamente inasible[65]. *Isensee*[66] compara al terrorismo con una serpiente que “totalmente adaptada a su entorno, apenas se desplaza apáticamente hasta que repentinamente da con una víctima desprevenida”. Los terroristas atacan a la sociedad occidental desde la clandestinidad allí donde ésta es más débil: es decir: en su estructura psíquica, que se caracteriza por unas necesidades muy desarrolladas de seguridad existencial y una reducida disposición al sacrificio[67] –palabra clave: ipost-heroísmo! –. Esta actitud psíquica –el ex Fiscal General Federal *Nehm*[68] habló de la “limitada capacidad de sufrimiento de las sociedades democráticas” y un crítico austriaco hizo referencia a la “mentalidad de retirada y capitulación”[69]– constituye desde la perspectiva de los terroristas precisamente una caja de resonancia (Resonanzboden) para su “violencia de lo repentino”[70] y con el mensaje que a ella se conecta: “la próxima vez puede tocaros vosotros”. Por estas razones el peligro del terrorismo no consiste sólo, ni siquiera en primera línea, en los daños psíquicos directos que puede llegar a producir, sino en su capacidad para conmover el inestable tejido psíquico e incluso para desgarrarlo[71]. ¿Qué cantidad de inseguridad es capaz de tolerar el mundo occidental en sentido político, económico e ideológico? Concretamente: ¿lograrán los terroristas incrementar tanto la presión como para que a la mayoría de la población le parezca preferible ceder pagando dinero u otorgando concesiones políticas? Ésta es la cuestión decisiva. Nadie sabe hoy en día cuál es la respuesta. Pero ¿quién podría las manos en el fuego respecto de que la estrategia de los terroristas a la larga *no* tendrá éxito?[72]

El terrorismo internacional, actualmente motivado sobre todo por convicciones islamistas, ocupa, en el presente marco formado por las relaciones de poder político y de tecnología militar, la posición de la guerra de Estados, que al menos entre los Estados del mundo de la OCDE apenas parece imaginable[73]. ¿Se puede considerar a este terrorismo como una forma de hacer la guerra (Kriegsführung)? Partiendo de la clásica definición de *Clausewitz* –la guerra es un “acto de violencia para forzar al contrario a hacer nuestra voluntad”[74]– la respuesta no puede ser sino afirmativa. Ahora bien: la definición de *Clausewitz* puede ser tachada de demasiado general y de argumentalmente débil. Esta reticencia, aunque es honrosa, implica la permanencia del paradigma de la guerra y también una percepción del conflicto de consecuencias prácticas más rigurosas –como se ve en la política exterior norteamericana desde el 11 de septiembre–[75]. Veámoslo más precisamente. Que la “guerra contra el terror”[76] se diferencia del conflicto armado tradicional entre Estados no es, en este sentido, un argumento. Nuestros conceptos no deben cerrarse a los cambios de la realidad; “la caravana de la vida continúa y no se detiene con invocaciones del pasado”[77]. Reducir la percepción de la realidad sólo para satisfacer una teoría es profundamente anticientífico[78]. Por ello me parece preferible, reducir la cuestión de “guerra o no-guerra” y, en primer lugar, dirigir la mirada al potencial destructivo del terrorismo actual, en segundo lugar a sus fines y, en tercer lugar a su disposición a ajustarse a las normas. De acuerdo con ello creo que es difícil que podamos evitar el concepto de guerra[79].

Comencemos por el primero de estos tres puntos. La cuestión de si un ataque puede ser percibido como análogo a un acto de guerra depende esencialmente de su efecto destructivo. Si el ataque y sus consecuencias superan una cierta medida, el recurso al concepto de guerra será prácticamente inevitable[80]. Como apunta *Münkler*[81] esto es lo que ocurre en el supuesto de un ataque terrorista con medios de destrucción masiva, que a la luz de las actuales formas del terrorismo no puede ser excluido, “incluso en cada uno de los Estados europeos”. Pero, sin perjuicio de estos escenarios de pesadilla, lo cierto es que los terroristas disponen de un *potencial destructivo* análogo al empleado en la guerra[82]. El ataque del 11 de septiembre tuvo el efecto de un ataque aéreo grave. Sólo las pérdidas materiales del World Trade Center se calcula en 40 billones de dólares-US. Se suman a estas cifras los 80 billones de dólares que estima el Banco Mundial en costos de los efectos directos o indirectos, como la paralización del tráfico aéreo, las repercusiones a la baja en el curso bursátil mundial, la crisis de las compañías aéreas y de seguros, que requirieron apoyos financieros estatales así como la introducción de nuevas y costosas medidas de seguridad en las empresas y otras instalaciones en peligro[83].

El segundo *objetivo* del terrorismo islamista va más allá de las típicas finalidades limitadas de la clásica guerra de Estados[84]. Aunque Bin Laden y su gente sólo pretendieran la reconstrucción del dominio territorial islamista en el momento histórico de mayor extensión, los ataques terroristas desde el 11 de septiembre sólo serían el comienzo de una confrontación de dimensión política mundial[85]. La situación podría ser, en realidad, incluso más seria. Los fanáticos islamistas postulan la tendencia que ha caracterizado al siglo XX de la totalización sin fisuras de la guerra. Una guerra total en la que desaparece la distinción entre lo público y lo privado y, de esta manera, lo militar y lo civil, entre combatientes y no combatientes[86]. Ya la Segunda Guerra Mundial superó, según el penetrante análisis del constitucionalista berlinés *Ulrich K. Preuß*[87], “los límites del clásico concepto de guerra. Éste no fue desarrollado para dirimir confrontaciones entre verdades filosóficas incompatibles, principios morales o sagrados mandamientos religiosos - conflictos, consiguientemente que no pueden concluir en un tratado de paz. Allí donde tales cuestiones categoriales adquieren significado práctico porque las personas sólo ellas quieren y pueden convivir en una comunidad con quienes comparten las respuestas a las mismas, la autoafirmación significa, a la vez, aniquilamiento del otro. Sólo uno puede vivir en la integridad de la propia verdad si el otro desaparece de este mundo”. Por lo visto la meta de los islamistas no es menos ambiciosa[88]. Desde su perspectiva no se prevé ni un fin de la guerra, ni alguna forma de paz, y no se diga negociaciones[89]. “El odio (*Feindschaft*) deviene absoluto”[90]. *Hussein Mussavi*, el antiguo jefe de Hisbollah en Líbano, que fue muerto en 1992 desde un helicóptero israelí, lo expresó claramente: “Nosotros no combatimos para que nuestros enemigos nos reconozcan y nos ofrezcan algo. Nosotros combatimos para eliminar al enemigo”[91].

También se corresponde con la imagen de la guerra total[92] la circunstancia de que los terroristas modernos, mayoritariamente los islamistas, no se sienten vinculados a ninguna *regla de la guerra*[93], sino que se manifiestan partidarios de un “retorno a las formas bárbaras de la lucha”[94], y esto con un alto nivel técnico. El terrorismo perdería la mayor parte de su efecto, si renunciara a la arbitrariedad de su violencia[95]; sin perjuicio de que uno no pacta con el que quiere aniquilar[96]. Aquí fracasan los estímulos para el cumplimiento de las reglas tradicionales del derecho internacional de la guerra. Los terroristas no tienen literalmente nada que perder, porque nunca han tenido algo mejor: ni han sido (como grupo) reconocidos como parte en el sentido del derecho internacional[97], ni han tenido (como combatientes) el status de combatiente[98]. Por otra parte la falta de un territorio propio del terrorismo transnacional vacía de contenido a la conocida lógica de la intimidación. Ésta lógica

presupone que todos los actores sean igualmente vulnerables, lo que se manifiesta precisamente en la posesión de un territorio. Por el contrario, los terroristas transnacionales tienen capacidad de ataque, pero sin estar expuestos a respuestas recíprocas^[99]. Y, además, sus cálculos de costos y ventajas se rigen por parámetros distintos de los de los gobiernos: posiblemente un ataque militar previsible en una estrategia de escalada les resulta incluso especialmente adecuado a sus cálculos^[100].

¿Qué régimen jurídico corresponde a un fenómeno que rompe todas las formas como es el del terrorismo transnacional-islamista? Los no juristas tienen una visión más alerta, respecto de las dificultades de la respuesta a esta pregunta, que los juristas científicos profesionales. Para el sociólogo de Munich *Ulrich Beck*^[101] el 11 de septiembre simboliza nada menos que "la quiebra del lenguaje": "Las distinciones en la que se apoya nuestra imagen del mundo, guerra y paz, militar y policía, guerra y delito, seguridad interior y exterior, son anuladas desde adentro y desde fuera"^[102]. ¿Habría leído a *Beck* el Ministro Federal de Interior? En todo caso también el Ministro *Wolfgang Schäuble* ha manifestado en una entrevista en "Der Spiegel" su convicción de que las viejas categorías no permiten dar cuenta del fenómeno actual: la distinción tradicional entre derecho de la guerra, derecho de policía y derecho penal han perdido capacidad explicativa de la situación que vivimos; necesitamos nuevos conceptos^[103].

Estas tesis son fuertes, en mi opinión, pero en lo esencial correctas. Como fundamentación me permito remitirme a las dos conclusiones principales de estas reflexiones. *Primero*: si el terrorismo representa un equivalente funcional de la tradicional guerra de Estados, no es posible soslayar lo que esta conclusión encierra: la lucha contra este terrorismo tendrá lugar con escasas normas que contengan elementos del derecho de la guerra o similares a éstos. *Segundo*: dado que el terrorismo se caracteriza por su renuncia a toda forma simétrica de lucha, el sistema de reglas que se busca no podrá ser de la especie del clásico derecho internacional de la guerra ni de la del actual derecho internacional de los conflictos armados no internacionales, que se basan en el principio de la simetría y la reciprocidad^[104]. En particular no existe ninguna razón para otorgar a personas, cuya estrategia consiste en eliminar la diferencia entre combatientes y no combatientes, las ventajas del status de combatiente y de prisionero de guerra. "A crime is a crime is a crime", habría dicho alguna vez *Margaret Thatcher*^[105] respecto de actos terroristas violentos y al respecto nada hay que agregar.

Por lo tanto, lo específicamente nuevo del sistema jurídico para la lucha contra el terrorismo moderno radica en la conexión de una estructura normativa asimétrica básica –defensa del derecho frente la negación del derecho– con medios análogos a los del derecho de la guerra^[106]. La estricta distinción entre un orden pacífico, normativamente asimétrico en la forma del derecho de policía y del derecho penal, autorizaciones de intervención relativamente estrechas, por un lado, y un derecho de la guerra, basado en las más robustas premisas de una simetría normativa entre las partes del conflicto, está –y en ello tienen razón *Beck* y *Schäuble*– superada por la realidad. Esta conclusión es considerada todavía hoy en día como escandalosa^[107]. Ello no significa, de todos modos, que la legislación y la práctica jurídica renunciarían a su necesidad para la defensa contra el terror. No; son necesarias, pero se las viste con las formas exteriores, a primera vista más aceptables del tradicional derecho de defensa frente al peligro, es decir, el derecho penal. En lo que sigue explicaré con el ejemplo del derecho penal las consecuencias totalmente inaceptables a las que conduce esta manera de proceder.

C. El derecho penal como instrumento de lucha

La meta de la guerra es, según *Clausewitz* "lograr que el enemigo no tenga defensa" [den Feind wehrlos zu machen], desarmarlo y reducirlo^[108]. "Mientras el contrario no sea vencido, tengo que temer su victoria sobre mí, ya no soy el dueño de mí mismo, sino que es él quien fija la ley, él quien me establece la ley, de la misma manera que yo se la fijo a él"^[109]. La guerra es una defensa ante el peligro elevada al plano de lo existencial-monumental. A primera vista parece como si no existiera ningún vínculo entre la conceptualidad de esta teoría de la guerra y las categorías de la teoría de la pena. Ello no es así. Nada menos que *Franz von Liszt* ha propagado la idea según la cual la función del derecho penal es la lucha contra el delito y la delincuencia^[110]. Que esta idea no era una figura retórica propia del espíritu de la época, sino una expresión amargamente seria, se pone de manifiesto por la teoría de la pena de *Franz v. Liszt*, la famosa teoría de la prevención especial^[111].

A diferencia de la idea de resocialización que posteriormente informó la concepción de la prevención especial^[112], el delincuente no aparece en la obra de *Liszt* como un conciudadano lamentablemente orientado en una falsa dirección, sino como un enemigo del "mundo social de los bienes jurídicos"^[113]. Por esta razón el trato con él no debe estar determinado –así pensaba *Eberhard Schmidt*, discípulo de *Liszt*– por "debilidades humanitarias", sino por una "fría adaptación de los medios de lucha contra la criminalidad a la especie criminal de cada autor"^[114]. Donde no cabe esperar una recuperación del delincuente, alegaba consecuentemente *Liszt*, debe aplicarse un rigor sin miramientos: "contra el irrecuperable la sociedad tiene que protegerse; y si no queremos decapitarlos o colgarlos y no podemos deportarlos, sólo nos queda el encierro perpetuo (es decir: por tiempo indeterminado)"^[115]. Esta prevención especial, en el sentido de inocular, es, en realidad, precisamente, la forma en la que se trata al militar contrario^[116], definido como un enemigo irrecuperable de los bienes jurídicos de la otra parte.

Aquello que en la guerra tiene su razón de ser –el aislamiento del contrario– provoca en el contexto del derecho penal graves fricciones axiológicas. Un desarrollo consecuente de la prevención especial de *Liszt* tiende a la renuncia de los principios de culpabilidad y del hecho. La *peligrosidad futura* del delincuente es independiente de la gravedad de la perturbación social, que el *hecho pasado* pone de manifiesto, y especialmente también de si este hecho ha sido cometido culpablemente o no. Para evitar enérgicamente la criminalidad, lo recomendable no es esperar a que el hecho punible se ejecute, sino someter a los individuos peligrosos a las medidas adecuadas antes de que ello ocurra^[117]. La contradicción aparece tan pronto como se intenta realizar con la forma de una norma penal una finalidad, en verdad, del derecho de la guerra, es decir radicalmente preventivo-especial. Esto es lo que ocurre precisamente con la legislación de lucha contra el terrorismo.

El que busque en el Código Penal las normas específicas sobre terrorismo se encontrará inevitablemente con los §§ 129, a y b que expresan ya en el título oficial de la disposición su vínculo con las asociaciones terroristas. ¿Cómo se relacionan estas disposiciones con el *principio del hecho*? Si se entiende el principio del hecho en un

sentido formal que requiere una regulación legal que determina la punibilidad de un suceso exterior y sensible [\[118\]](#), el juicio carecerá de dificultades y será obviamente: "no objetable". Es claro que los §§ 129 a y b no sólo sancionan pensamientos, sino hechos exteriores, es decir: la organización y fundación o la participación en una asociación terrorista. Como *Jakobs* ha señalado el honorable principio *cogitationis poenam nemo patitur* no es sino un caso concreto de aplicación del principio que establece que "lo interno de un sujeto no puede ser una perturbación social"[\[119\]](#). Este principio tiene sus raíces en la idea básica del liberalismo, según la cual todo ciudadano posee un derecho a conectarse con el mundo y a organizarse como más le guste[\[120\]](#). Como ha dicho recientemente *Sofsky*[\[121\]](#), con un énfasis propio de los orígenes del liberalismo, la privacidad es "la fortaleza del individuo", "la ciudadela de la libertad personal". Sin privacidad, según una formulación de *Jakobs*, "un ciudadano no existiría en modo alguno"[\[122\]](#). Esta privacidad no tiene sus límites en la propia cabeza, -qué sería esta privacidad tan reducida; piénsese que la canción "los pensamientos son libres" aparece en el libro de canciones de la *Hitlerjugend* (Juventud hitleriana)-[\[123\]](#). Por el contrario: abarca también la decisión sobre la propia conducta en la medida en la que se manifiesta, por ejemplo, en contactos compartidos con otras personas[\[124\]](#). A partir de un concepto del principio del hecho materializado de esta forma, los §§ 129 a y b, que incriminan ya la constitución de la asociación, serán todo, menos problemáticos [\[125\]](#).

Pero, cabe preguntarse, ¿no tiene que terminar la libertad de la esfera privada allí donde su protección pone en peligro a otro?[\[126\]](#) A pesar de lo impactante que puede ser esta objeción a primera vista, en realidad, no debería serlo tanto. Un detallado plan para la comisión de un delito también puede ser peligroso, incluso cuando sólo exista en mi mente o en un folio de papel[\[127\]](#). Por lo tanto, si se toma en serio la máxima relativa a que quien pone en peligro bienes jurídicos ajenos no puede invocar la protección de su esfera privada, se pondrá en duda[\[128\]](#) al mismo tiempo el núcleo indiscutido del principio del hecho, es decir: la no punibilidad de los pensamientos[\[129\]](#). A pesar de lo consecuente que esto pueda ser a primera vista, es objetable porque constituye una solución del problema que arrastra tras de sí el vacío de lo que no se quiere vaciar (*gleichsam das Kind mit dem Bade ausschüttet*). La afirmación de que de la conducta de una persona *en general* surge un peligro para los bienes jurídicos de otros no podrá satisfacer la exigencia del respeto jurídico penal a su ámbito privado. Distinto será en los casos en los que la peligrosidad calculable de los pensamientos tiene una intensidad que *supera* significativamente la peligrosidad de las ideas. Pero, esto no se puede decir de las conductas previstas en los §§ 129 a y b StGB (CP)[\[130\]](#). Es cierto que las asociaciones criminales terroristas cultivan una dinámica propia dirigida a la comisión de los delitos que tienen el propósito de cometer, que reduce el sentimiento de responsabilidad personal de sus miembros individuales o que, incluso, la elimina[\[131\]](#). Pero, sin perjuicio de ello, la organización de una asociación, que por lo general tiene todavía que alcanzar las fases de consolidación y planificación, antes de poder llevar a cabo su primer atentado, no tiene la característica de peligrosidad de un plan delictivo elaborado en todos sus detalles. La referencia a la peligrosidad, en consecuencia, fundamenta demasiado -porque también alcanza al merecimiento de pena de los pensamientos- o demasiado poco- porque excluye la no punibilidad de numerosas actividades preparatorias del terrorismo. Ocurre, sin embargo que no explica la diferenciación contenida en la ley[\[132\]](#).

Lo cierto es que en una sociedad que tiene conocimiento de la existencia de una asociación terrorista surge una amenaza difusa y se produce un efecto de inseguridad latente[\[133\]](#). La ilicitud que es posible fundamentar sobre ello no se corresponde con un tipo adelantado a la fase preparatoria para la protección de la integridad corporal y la vida de las futuras víctimas potenciales de la asociación[\[134\]](#); en realidad, sólo es comparable con la ilicitud de las amenazas (§ 241 StGB), es decir con la perturbación de la paz pública por la amenaza de hechos punibles (§ 126 StGB)[\[135\]](#). Además esta explicación sólo permite una legitimación parcial del § 129 a StGB. Pero sólo se la puede trasladar al § 129 b al precio de hacer difusos sus contornos transformándolo en una disposición indeterminada y carente de significado (*Unbestimmt-Nichtssagende*). El § 129 b StGB concebido como una "contribución tejida con una aguja caliente y sobre todo con carácter simbólico a los fines de la lucha internacional contra el terrorismo"[\[136\]](#), amplía el ámbito de protección de los § 129 y 129 a StGB inclusive a las asociaciones criminales o terroristas que existen únicamente en el extranjero y que ni siquiera mantienen una parte de su organización en la República Federal[\[137\]](#). Es cierto que según el § 129 b, párrafo 1, 2. las acciones de los partícipes sólo serán alcanzadas cuando pongan de manifiesto una relación específica con el territorio alemán. Sin embargo de este precepto no se deduce ninguna restricción digna de ser mencionada[\[138\]](#). Por lo tanto será suficiente con que el autor sea encontrado en Alemania (3ª variante)[\[139\]](#), que la víctima sea alemana (4ª variante) o cuando la víctima extranjera se encuentre en el territorio de la RFA (5ª variante). En conclusión el § 129 b StGB eleva a bien protegido nada menos que la paz pública "de todo el mundo"[\[140\]](#). Un bien protegido que literalmente legitima todo, aunque visto con cuidado no legitima nada. *Omnis determinatio est negatio*. Un concepto que no excluye nada, tampoco fundamenta nada.

La precaria relación de los §§ 129 a y b StGB con el principio del hecho es la que tienen las amenazas penales contenidas en esas mismas disposiciones con el principio de *culpabilidad*. Tratándose del principio de culpabilidad, el recurso al modelo de fundamentación teórica de la pena como retribución es considerado irrenunciable incluso por los más decididos partidarios de la fundamentación de la pena en las teorías preventivas[\[141\]](#). Respecto del principio de culpabilidad, la opinión casi unánime estima que es consecuencia del mismo que la pena no debe tener mayor duración que la correspondiente a la gravedad de la culpabilidad, aunque las necesidades de tratamiento, seguridad o intimidación requieran una privación de la libertad más prolongada[\[142\]](#). ¿Es compatible el marco penal -prisión de uno a diez años- extraordinariamente riguroso del § 129 a StGB con la función limitadora del principio de culpabilidad del marco penal? El que admita la explicación según la cual la norma sólo abarca una mera amenaza de ilicitud, no tendrá prácticamente otra posibilidad que responder negativamente[\[143\]](#). Para ello sólo necesita una mirada a otros tipos de amenazas. Así, p. e. el § 126 StGB que prevé una pena de hasta tres años de prisión o de multa, el § 241 StGB que se conforma con una pena privativa de la libertad de hasta un año o de multa. El efecto de inseguridad que produce una asociación terrorista no es mucho mayor como para justificar que el hecho sea considerado crimen y tenga un marco penal que se corresponde con el de las lesiones corporales graves (§ 226. 1. StGB). Pero, aunque el § 129 a StGB sea interpretado para paliar las críticas expuestas como un adelanto de la protección de la integridad corporal y la vida de las futuras víctimas, la respuesta no debería cambiar. La ilicitud consistente en haberse incorporado a una organización peligrosa -esto es lo único que en el marco del derecho penal de culpabilidad puede ser reprochado al autor- es difícilmente

equiparable a la ilicitud del que, con dolo eventual, produce a otro la pérdida de la visión o del habla, lo priva de un miembro o le causa parálisis, una enfermedad mental o un impedimento. Una difusa ilicitud más o menos peligrosa no es lo mismo que una lesión masiva^[144]. La conclusión a la que llegan estas reflexiones las ha subrayado hace más de veinte años *Schroeder*: el § 129 a StGB tiene, dijo entonces, "una función de pura seguridad"^[145]. A esto hoy nada tenemos que agregar.

La función que para el derecho penal material cumple el principio de culpabilidad –expresión de respeto del status de ciudadano del inculpado–, es desempeñada en el derecho procesal penal por el *principio de proporcionalidad*^[146]. De conformidad con este principio, las intervenciones de los órganos de persecución penal en los derechos de personas privadas sólo son admisibles, en tanto persigan un fin legítimo con medios legítimos y el medio sea idóneo, necesario y adecuado. Para la comprobación de la adecuación del medio tendrá significación, junto a la consistencia de la sospecha del hecho, especialmente también la gravedad del reproche por el mismo^[147]. Sin embargo el legislador ha conectado al § 129 a StGB masivas autorizaciones de intervención y limitaciones, no obstante el reducido contenido real de la ilicitud. Las medidas admisibles van desde las intervenciones telefónicas y la escucha de conversaciones (§ 100 a, 1 N° 1 c, § 100 c, apartado 2 N° 1 b StPO), hasta la prisión provisional sin motivación de la necesidad de la detención (§112, apartado 3 StPO), pasando por el registro de todo un edificio (§ 103 apartado 1, 2 StPO), el empleo de agentes encubiertos (§ 110 a, apartado 1, 1 N° 2 StPO), el establecimiento de puestos de control (§ 111 StPO), la utilización de datos sobre personas como base de sospecha sobre otras que puedan tener características semejantes o las redadas (§ 98 a apartado 1 N° 2 StPO, § 163 d apartado 1 StPO). A los efectos de una comparación: una prisión provisional basada en la gravedad del hecho sólo es admisible, fuera del caso del § 129 a StGB (fundación de una asociación terrorista), en los supuestos de sospecha vehemente de genocidio (§ 6 apartado 1 N° 1 VStGB), asesinato (§ 211 StGB), homicidio (§ 212 StGB), lesiones corporales graves (§ 226 StGB) o incendio grave o delitos con explosivos (§§ 306 b y c así como § 308 apartado 1-3 StGB en tanto el hecho haya puesto en peligro el cuerpo o la vida de otro). A todo ello se agregan algunas limitaciones que rigen exclusivamente para los hechos a los que se refiere el § 129 a StGB: la ampliada facultad de exclusión del defensor (§ 138 a, apartado 2, 5 StPO), la intervención de la comunicación escrita entre inculpados y sus defensores (§ 148, apartado 2 StPO) y finalmente la conocida posibilidad de excluir todo contacto (*Kontaktssperre*) durante la prisión provisional (§§ 31 y ss. EGGVG).

Es difícil evitar pensar que, así como el alto rigor del marco penal del § 129 a StGB constituye ya una sanción que supera la gravedad de la ilicitud, las medidas coactivas y limitaciones de derechos, que se vinculan con este precepto, vienen a sumar a la misma, en el ámbito del derecho procesal penal, un considerable refuerzo de la pretensión respecto de la ilicitud allí sancionada^[148]. Esta situación es tanto más criticable en tanto el principal significado del § 129 a StGB reside en su función procesal clave^[149]. De la misma manera que *Nehmha* señalado abiertamente, cabe subrayar que el derecho procesal penal "ofrece posibilidades de inigualable confort para el esclarecimiento de los delitos, mayores que los medios de los servicios secretos y de la policía preventiva, que están sujetos a toda clase de restricciones"^[150]. El derecho procesal penal aparece así como una salida para superar los límites impuestos a los servicios secretos –no hay mejor manera de expresarlo que a través de los delgados hilos que vinculan los §§ 129 a y b StGB con los principios del tradicional derecho penal del ciudadano^[151]. "Ellos están bajo el techo del derecho penal, pero se alimentan de comidas ajenas. Su justificación no se refiere a algún presupuesto jurídico-penalmente fundamentado, sino exclusivamente con el paradigma de la seguridad"^[152].

De todos modos esta circunstancia no ha preservado a los §§ 129 a y b StGB de su destino de ser percibidos en la actual discusión jurídico-política como necesitados de complementación^[153]. Por ello, los proyectos legislativos tienen en común el propósito de avanzar todavía más en el terreno de la preparación y en los aledaños de las actividades terroristas. En la opinión pública el más conocido proyecto es el del Ministerio Federal de Justicia para la introducción de un § 89 a StGB, que permitiría sancionar con pena la estancia en un campo de entrenamiento terrorista. Ciertamente el Ministerio Federal de Justicia no ha considerado todavía que la adquisición de determinadas capacidades sea merecedora de pena^[154]. Distinto sería el caso, sin embargo, del que tenga la intención de usar los conocimientos adquiridos para la comisión de un hecho terrorista violento, lo que debería ser sancionado con una pena de prisión de seis meses a diez años^[155]. Detrás de estos proyectos se nota el mal propósito de otorgar carácter criminal a una conducta que corresponde al ámbito de la privacidad. De qué manera tal construcción, que no puede evitar ser sospechosa de constituir un derecho penal de ánimo (o de la actitud: *Gesinnungstrafrecht*)^[156], puede ser compatibilizada con los principios del hecho y de culpabilidad, es una cuestión que queda abierta. Es cierto que en la propuesta del Ministerio de Justicia se menciona, claro que sólo pro forma, el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, que impediría una extensión ilimitada de la punibilidad. Pero, ¿qué se deduce de ello? Sólo que "por razones constitucionales se describen con exactitud aquellas acciones consideradas preparatorias que son punibles en particular"^[157]. Al parecer a los autores del proyecto no les ha llamado la atención el hecho de que esta respuesta soslaya completamente la cuestión de la problemática del avance sobre las zonas de la preparación. Los críticos del proyecto de ley quieren inclusive ir más lejos e incluir entre las acciones punibles además de la estancia en un campo de entrenamiento como tal^[158], también la aceptación del ofrecimiento de enseñanza terrorista, como lo propone el Parlamento de Hessen^[159]. La preceptiva fundamentación –también la conducción en estado de ebriedad sería considerado como un peligro latente para la generalidad y, por ello, punible^[160]– se evidencia como insuficiente desde la perspectiva de los criterios jurídico-penales; la mera adquisición de capacidades peligrosas no está al mismo nivel que la realización del riesgo que corresponde a una conducta que en cualquier momento puede convertirse en un peligro concreto o en la lesión de otros.

Lo que verdaderamente cuenta de la nueva regulación es, sin duda, el esperado efecto preventivo. "Si alguien está dispuesto a volar por los aires al tiempo que hace explotar una bomba", se lee en un expresivo comentario del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ), "ya no hay nada que pueda disuadirlo"^[161]; por lo tanto, opina el Senador [Secretario de] para Interior de Berlín *Körting*, tiene que poder ser "retirado del tráfico"^[162]. *Liszt* no podría haberlo dicho de manera más drástica. Aquí se aplica el dicho de "lávame la piel, pero no me mojes" y la pena actúa como un elemento de reemplazo de la falta de capacidad preventiva del Estado que se entiende basada en razones constitucionales. Su única finalidad es hacer inocuo al peligroso^[163], quebrar su capacidad

de ataque, en definitiva, incapacitarlo para producir daño: la estrategia en la que se ha envuelto al derecho penal puede ser caracterizada como una radical prevención especial por quienes dan valor a una terminología cuidadosa y adecuada a una concepción teórica jurídico-penal. Una expresión acertada es la que *Jakobs* ha forjado: el derecho penal del ciudadano ha rebasado, en su manera de tratar el fenómeno del terrorismo, el marco de los principios tradicionales y se ha convertido en un derecho penal del enemigo [164].

D. El enemigo reconocido

La concepción de *Jakobs* del derecho penal del enemigo ha generado oposición sobre todo en lo que concierne a su tesis de la despersonalización del enemigo [165]. El difundido reflejo de esta tesis, que viene a concluir en situar a *Jakobs* en las cercanías de *Carl Schmitt* [166] -dicho al pasar: como si tal vinculación fuera un argumento! [167]- equivoca el núcleo de las reflexiones de *Jakobs* [168]. *Jakobs* insiste en que el individuo puede perder por su conducta el status de ciudadano -la "exclusión" en una sociedad libre, dice con claridad, es siempre "autoexclusión" [169]. De esta forma él radicaliza uno de los dogmas básicos del liberalismo: la idea de prestación (*Leistungsgedanken*).

Según esta idea, la posición correspondiente de alguien no se decide por su naturaleza o por su origen, sino por sus prestaciones [170], una afirmación que, si es tomada en serio, rige tanto en sentido positivo como negativo. Las teorías liberales que podríamos llamar *standard*, de todas maneras, la aplican en este último sentido con una significativa limitación: el núcleo duro de mi personalidad jurídica -mi dignidad humana- no debo poder anularlo dada mi posición de portador de derechos humanos innatos e inalienables [171]. El principio de la prestación impide penetrar el suelo del status jurídico fundamental. Ésta es precisamente la regla que *Jakobs* ha conmovido con su tesis. Por tal razón es posible sostener que su concepción lleva el principio de la prestación a sus últimas consecuencias -y al mismo tiempo el rasgo del liberalismo que actualmente festeja su triunfo, como lo demuestra la globalización. De esta manera desaparece (*verschlingen*) ese resto de paternalismo, que la teoría jurídica y del Estado liberal ha mantenido inequívocamente bajo el título de la inalienabilidad de los derechos humanos.

Contra esta división de la herencia liberal es fácil protestar [172]. Pero, insiste *Jakobs* [173], ¿esta "demostración de desarme" [174] no es una *protestatio facto contraria*? ¿No desmiente la praxis -por ejemplo la regulación de la lucha contra el terrorismo que acaba de ser analizada- las convicciones de la teoría? [175] Ello depende del marco interpretativo que se adopte. Los actos coactivos requieren una fundamentación [176]. Con la elección de un determinado régimen jurídico, por ejemplo el derecho penal, se fija un sistema de requisitos de la fundamentación. Los actos coactivos, es decir: las normas que los posibilitan, que contradicen manifiestamente estas exigencias -para decirlo con palabras de *Roellecke* [177]- no pueden ser diferenciadas a partir de "la muda utilización de la violencia física" que caracteriza su imagen exterior, pero que no proporciona su contenido material. Pero, la violencia muda, ejercida por el Estado contra seres humanos, significa que ya no se habla *con* el delincuente, sino *a través* de él. De esta manera el afectado es tratado, en tanto miembro de la comunidad jurídica con igualdad de derechos, más "como forma jurídica, que según el contenido de la regulación" [178]. Precisamente esto es lo que puede caracterizar lo que *Jakobs* entiende como despersonalización.

Lo anterior tiene también otra consecuencia: lo que significa despersonalización según los criterios *de un* régimen jurídico, no tiene necesariamente esta significación aplicando los criterios de *otro* [179]. Si se hace referencia al caso que aquí nos interesa: la prevención especial radical significa, según los criterios legitimantes del derecho penal, despersonalización; por esta razón el concepto de "derecho penal del enemigo" no es adecuado como categoría normativa y, desde esta perspectiva, es correcta la crítica basada sobre la confusión del derecho penal con el derecho de guerra [180] o sobre la caracterización del derecho penal como un derecho de lucha [181]. De esta manera no queda en modo alguno decidido si lo mismo rige inclusive según los criterios del derecho preventivo de la guerra orientado a la prevención, cuyo reconocimiento -no como deseable, sino como inevitable- desde mi punto de vista no puede ser soslayado. No se trata, por lo tanto, de una nueva rúbrica para un determinado material jurídico, sino de un problema de *legitimación*, y, al mismo tiempo, de un problema de *limitación*. Al Legislador no se le puede entregar una *carte blanche*: ni puede actuar desmedidamente, ni queda autorizado a trasladar el paradigma de la guerra a otros ámbitos conflictivos (como por ejemplo el de la criminalidad organizada). Por el contrario, estará vinculado por la específica lógica de la fundamentación del derecho de prevención que hemos presentado. Una dogmática de esta materia jurídica no ha sido desarrollada ni siquiera en sus puntos iniciales. Yo mismo no puedo hacer otra cosa, al final de mis reflexiones, que ofrecer un esquema de gruesos trazos de cómo un régimen jurídico, a mi modo de ver, debería reconocer, no despersonalizar, al terrorista, en tanto enemigo. "Al enemigo se lo honra y se lo destruye". Así de drástico es *Roellecke* [182] en la descripción del punto de partida de todo derecho de la guerra. *Clausewitz*, como vimos, empleó una formulación menos cortante: se trata de convertir al enemigo en indefenso y de derribarlo [183]. Pero lo decisivo es, y esto es lo que *Roellecke* expresa con claridad, que la eliminación de la capacidad ofensiva del enemigo en el contexto del derecho de la guerra no conlleva la despersonalización del contrario. Éste es considerado tal como se presenta: como persona perteneciente a una duradera organización peligrosa, que, por estas razones, nada puede objetar cuando se lo somete a medidas necesarias, no sólo proporcionadas, para la neutralización del peligro [184]. Entre éstas se encuentran la prisión hasta el fin de las hostilidades [185] y la muerte, inclusive fuera de concretas acciones de combate [186].

Dado que el terrorismo moderno es, como hemos visto, una continuación de la tradicional guerra de Estados, también tiene que ser posible perseguir, respecto de los terroristas, la meta jurídica de la incapacitación para el daño [187]. Pero: ¿es posible recurrir a las medidas que acabamos de mencionar? Palabras como "Guantánamo" y *targeted killing* son suficientes para hacer retroceder atemorizados a la mayoría de los europeos. Sin embargo, temor y contrariedad son casi siempre malos consejeros. La pregunta que debemos formularnos, en lo posible *sine ira et studio*, es la siguiente: ¿Tiene alguien que obtener una ventaja por no servirse de las formas tradicionales de la guerra, sino de un equivalente funcional de éstas? No alcanzo a saber qué razón habría para que así fuera. Consecuentemente, en mi opinión, en los casos de sospecha de terrorismo no cabe excluir, en principio, la prisión preventiva, más allá de la actual custodia (*Unterbindungsgewahrsam*) (art. 17. apartado 1, Nº 2 BayPAG) y de la detención de seguridad para el cumplimiento de una orden de expulsión de derecho extranjero (§§58 a y 62 apartado 2 Nº 1 a AufenthaltsG); estos casos adquieren significación práctica cuando la expulsión

no entra en consideración por razones humanitarias [\[188\]](#).

Con lo anteriormente dicho sólo hemos asegurado el punto de partida, toda vez que las diferencias entre la guerra tradicional entre Estados y la actual amenaza terrorista no pueden ser ignoradas. ¿Bajo qué condiciones se justifica que alguien sea privado de su libertad o sometido a otras limitaciones como enemigo peligroso? En la tradicional guerra de Estados la situación, sin perjuicio de ciertas imprecisiones marginales, no ofrece dudas: el soldado es soldado y como tal obviamente [\[189\]](#) combatiente [\[190\]](#). La escena del terror tiene una imagen incomparablemente más difusa; entre el núcleo duro de los autores decididos a todo, sus cooperadores, y los meros simpatizantes los límites son fluidos. Por lo tanto, debería existir una detallada regulación legal de los presupuestos de la privación de la libertad. Su formulación debería tener en cuenta especialmente la circunstancia de que la imposición de una prisión preventiva de cierta duración es una de las intervenciones más graves de las conocidas por el derecho [\[191\]](#); el potencial ofensivo de la persona afectada tendría que ser equivalente, a la peligrosidad que en general justificaría la privación de libertad. A primera vista parece como si se tratara de una tarea legislativa completamente nueva. Pero no lo es en modo alguno. El legislador podría recurrir a las normas que han sido objeto de nuestras reflexiones: § 129 a StGB y al proyectado § 89 a StGB, dado que a estas disposiciones les corresponde, en realidad, la función de una custodia anticipada de seguridad: ellas establecen los presupuestos que condicionan la posibilidad de apartar tempranamente del tráfico al peligroso. [\[192\]](#). Es obvio también que al sospechoso se le tiene que garantizar la tutela judicial [\[193\]](#). En el caso de la clásica guerra entre Estados es posible renunciar por regla general a un proceso formal para la comprobación de la calidad de combatiente, pues la situación habla por sí misma [\[194\]](#). De cualquier forma la distinción exterior de las personas civiles es presupuesto del otorgamiento del status de combatiente [\[195\]](#). Cuando se trata del terrorismo no contamos en general con una evidencia comparable. A diferencia de los soldados que actúan básicamente de manera abierta, el terrorista lo hace bajo un manto que lo oculta. Esta es la razón por la que es necesario una obligatoria clarificación de su status, que en un Estado de Derecho en última instancia sólo puede llevar a cabo un tribunal, que tendrá que operar sin ninguna disminución de los standars procesales que rigen para todos los procesos. "No es siquiera imaginable" que "las exigencias de una política de nuestra época" estén en contra de la institución de un tribunal para determinar la posición jurídica de una persona detenida en combate, como lo establece, con fría suavidad [\[196\]](#). Cuando el gobierno de los EE UU quiso en Guantánamo originariamente fingir la falta de evidencias y negar a los allí detenidos el acceso a los tribunales así como una serie de significativos derechos procesales, cometió desde el punto de vista de un Estado de Derecho un pecado difícilmente disculpable, cuyas peores manifestaciones sólo pudieron ser revocadas después de varias intervenciones de la *Supreme Court* norteamericana [\[197\]](#).

También el principio del derecho de la guerra que permite una privación de libertad hasta el fin de las hostilidades es difícilmente trasladable con el criterio de uno a uno a la confrontación con el terrorismo, pues ésta no tiene ni un principio claro ni un final claramente comprobable. ¿Significa esto que es posible una prisión preventiva por tiempo indeterminado? El paralelo con la custodia de seguridad enseña que la cuestión no puede ser tan simple. Hoy la ley ya no prevé, con la aprobación del Tribunal Constitucional Federal [\[198\]](#), un término máximo para la duración del internamiento en custodia de seguridad, sin embargo, el § 67 d, apartado 3 StGB revela que esta medida, por regla, no debe superar los diez años [\[199\]](#); además es preciso comprobar judicialmente cada dos años la necesidad de la medida (§ 67 e, apartado 2 StGB); asimismo está prevista la suspensión de la ejecución a prueba de la medida en los términos del § 67 d, apartado 2 StGB [\[200\]](#). Todas estas disposiciones fijan exigencias mínimas, que una prisión preventiva debería observar.

El distanciamiento respecto del derecho tradicional de la guerra se manifiesta en la cuestión de en qué medida la privación de libertad puede ser empleada para obtener información. A diferencia de contraventor del derecho de policía, el prisionero de guerra no tiene que colaborar en la defensa contra el peligro, puesto que no se quiere generarle un conflicto con su propio Estado [\[201\]](#). Este criterio no puede pretender validez en el caso del terrorista peligroso. Lo que es necesario es admitir para su protección una prohibición de valoración de sus declaraciones que puedan incriminarlo personalmente [\[202\]](#). La cuestión de si los métodos de interrogatorio deben ajustarse estrictamente a los establecidos en el § 136 a StPO [\[203\]](#) puede quedar ahora abierta [\[204\]](#). Naturalmente están fuera de lo aceptable los métodos contemplados en un memorandum secreto del Departamento de Justicia norteamericano, que autoriza en las prisiones de la CIA el uso de palizas, impedir dormir, simulación de ahogamiento ("*Waterboarding*"), o mantener al preso por horas en temperaturas extremadamente bajas [\[205\]](#). Pero entre el § 136 a StPO y estos procedimientos existe una considerable distancia, y no me parece que cualquier paso que se adentre en ese espacio intermedio deba ser considerado *a priori* inadmisibles. Piénsese que ya constituyen infracciones del § 136 StPO el uso por razones tácticas del engaño al interrogado, p. e. sobre la confesión de un coimputado también preso [\[206\]](#) o sobre el sentido del interrogatorio [\[207\]](#), la promesa de contraprestaciones legalmente no previstas por las manifestaciones (inmediata puesta en libertad, retribución material) [\[208\]](#) o el uso de un detector de mentiras contra la voluntad del interrogado [\[209\]](#); estas medidas de impedir la realización de un peligro no son lisa y llanamente indiscutibles, pero son difícil de clasificar, dado que según nuestra concepción no podrán ser utilizadas para empeorar la posición procesal del preso.

Hasta ahora hemos hablado solamente de las facultades respecto del terrorista. Neutralizar peligros, sea en el conocido derecho de policía o en una variante enriquecida con elementos del derecho de la guerra, tiene consecuencias para terceros. Establecer una disminución de las víctimas es una de las funciones centrales de esta rama jurídica. Las reglas del derecho de la guerra sobre "daños colaterales" abre a los actores estatales un más amplio margen de juego que el derecho de policía [\[210\]](#); en casos extremos habrá que asumir inclusive la muerte de civiles [\[211\]](#). Si se concibe el régimen de la lucha contra el terrorismo como una nueva especie del derecho preventivo con elementos del derecho de la guerra, parece necesario procurar una solución para los daños colaterales que debería estar entre los principios del tradicional derecho de policía y los del derecho de los conflictos [\[212\]](#). A estas consideraciones normativas se debe agregar que en la lucha contra el terrorismo los servicios secretos son casi siempre, teniendo en cuenta el modo de combatir del contrario, un medio esencialmente más efectivo que la acción militar. Mediante operaciones militares es posible atacar las zonas de retaguardia y los campos de entrenamiento de terroristas; pero lo decisivo es debilitar la capacidad de agresión de los terroristas *dentro* del país amenazado [\[213\]](#), algo que sólo es posible uniendo medidas policiales con la

actividad de los servicios secretos de información[214].

Las medidas de investigación que se extiendan a las fases preparatorias serán, por estas razones, inevitables. En contra de la afirmación apodíctica de *Hoffmann-Riems*[215], que sólo admite afectar las esferas de la seguridad y de la libertad en presencia de peligros concretos, es necesario introducir parcialmente el *cuidado* respecto de los peligros en lugar de la clásica *defensa* frente al peligro[216], lo que tendrá como consecuencia que –en términos del derecho de policía- la tradicional distinción entre perturbador y no perturbador amenaza con desaparecer[217] y personas de las que no conste su participación estarán cada vez más en la mira de las autoridades de la seguridad. Los daños colaterales del derecho de la guerra asumen hoy la forma, proporcionalmente más suave, consistente en mayores intervenciones con fines de información. El Tribunal Constitucional Federal sostiene que no cabe exigir a la víctima, es decir al ciudadano ajeno a sospechas, de una investigación basada en datos abstractos (Rasterfahndung), soportar[218] la medida fuera del caso de las situaciones de peligro concreto[219] –lo que, teniendo en cuenta la exigencias formuladas por el Tribunal significa en la práctica: casi siempre[220]. Tenemos que preguntarnos si este ascetismo, que identificaba hace dos décadas la concepción del Estado de Derecho con esta interpretación de la Constitución y la situación legal, debe ser todavía la última palabra en la lucha contra el terrorismo y si así debe permanecer. Hoy me permito dejar esta cuestión abierta a la reflexión[221]. Sentencias como estas sólo parecen posible en una fase de pocas preocupaciones. Cómo pueden ser consideradas en otros tiempos, es un punto que deseo, con palabras de *Volkman*, “mejor no imaginarlo”[222]. Que sólo se haya considerado en el voto particular de la Magistrada Sra. *Haas* la simple afirmación, de que los ciudadanos no se atemorizarían más antes por una comparación de datos de pocos segundos de duración que ante la sería previsión de un ataque terrorista[223], me permite dudar de la conciencia del peligro de la mayoría de los Magistrados.

Es cierto, como afirma *Münkler*, que las sociedades post-heroicas manifiestan la tendencia a “interpretarse a sí mismas como la meta del desarrollo de toda sociedad”[224] y a pensar que todo rigor, aunque sólo sea el de los conceptos, es moralmente sospechoso. Sin embargo una sociedad post heroica como la nuestra no puede eludir, ante el desafío terrorista, si y en qué medida estamos dispuestos a permitirnos renuncias en la lucha antiterrorista[225]. No es necesario inmediatamente jurar, como la ha hecho recientemente un alto oficial austriaco, “la voluntad de triunfar, de luchar, y, llegado el caso, de morir”[226]. Tales ruidos de sables son inútiles y hasta perjudiciales, porque esconden los problemas en lugar de llamarlos por su nombre. Las víctimas de las que se trata son –téngase en cuenta la búsqueda mediante modelos electrónicos- de muy distinto significado[227]. Siguiendo la propuesta de un reciente artículo aparecido en la revista “Merkur” y confiar ante todo en la “decadencia como simple mercancía de exportación” (Exportschlager)[228], sería, en todo caso, una estrategia arriesgada.

Nada de esto es bonito, lo sé bien. Pero me parece el único camino para salir de la estéril confrontación entre, por un lado, los defensores de un ideal del Estado de Derecho superado por la realidad[229], que en cada intervención legal ven llegar, como primos mundanos de los testigos de Jehová, el fin definitivo del Estado de Derecho[230], y, por otro, los científicos, que se apresuran –como ha criticado *Di Fabio*- a lanzarse en sus “deseos intelectuales de un anticipado estado de excepción”[231]; estamos todavía lejos de tal estado de excepción y no deberíamos hablar de él, pues sería jugar con fuego[232]. El desafío terrorista ante el que nos encontramos puede ser administrado, respecto del desarrollo que hoy podemos observar, sin afectar la sustancia del Estado de Derecho de nuestra comunidad. Para ello, de todos modos, tenemos que hacer sostenibles los conceptos y llamar a las cosas por su nombre. En esto consiste la tarea de los teóricos del derecho. ¿Estaremos a la altura de esta tarea?

* Traducción del original alemán de *Enrique Bacigalupo*, con la colaboración de *Jacobo López Barja de Quiroga*. Título original: Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus.

[1] Publicado en Gesetz- Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten, Berlin, 1813, páginas 79 y siguientes.

[2] *Carl Schmitt*, Theorie des Partisanen, Berlin, 1963, página 47.

[3] Reglamento en relación a las modificaciones del Edicto de las Landsturm de 21 de abril de 1813, en Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten, Berlin 1813, páginas 89 y siguientes.

[4] *Grotius*, Vom Recht des Krieges und des Friedens, Tübingen, 1950, página 47.

[5] *Carl Schmitt*, (nota a pie de pagina 2), página 16; de forma semejante, *Kaldor*, Neue und alte Kriege, Frankfurt, 2007, página 43.

[6] *Carl Schmitt* (nota a pie de pagina 2), página 17.

[7] Así, la caracterización de *Preuß*, Krieg, Verbrechen, Blasphemie, Berlin, 2003, página 28.

[8] *Münkler*, Der Wandel des Krieges, Weilerswist 2006, página 60.

[9] *Preuß* (nota a pie de pagina 7), página 26.

[10] *Schröfl/Pankratz*, en los mismos (editores), Assymetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationales Politik, Baden-Baden 2004, página 10; así como recientemente, *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), páginas 34 y siguientes.

- [11] *Münkler*, Die neuen Kriege, 6ª Edición, Reinbek, 2003, página 119.
- [12] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 121.
- [13] *von Clausewitz*, vom Kriege, Erftstadt 2006, página 155.
- [14] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 71, 108 y siguiente, y 148.
- [15] *Buß*, Der Kombattantenstatus, Bochum 1992, página 130 y siguientes.
- [16] Son dignas de citarse especialmente la Declaración de París para regulación del comercio marítimo en época de guerra (1856), el Convenio de Ginebra de 1864, la declaración de San Petersburgo (1868), la Conferencia de Paz de La Haya de 1899 y 1907 así como la Conferencia de Londres de 1908.- Sobre la humanización del Derecho de la Guerra en el siglo XIX, véanse, *Greenwood* en *Fleck* (Editor), *The Handbook of Law in Armed Conflicts*, Oxford/New York, 1999, páginas 17 y siguientes; en extenso, sobre la Conferencia de La Haya, *Dülffer*, *Regeln gegen den Krieg?*, Frankfurt 1978.
- [17] *Buß* (nota a pie de pagina 15), página 132.
- [18] (nota a pie de pagina 5), página 54.
- [19] *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 221.
- [20] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 54.
- [21] *Münkler*, en *el mismo* (Editor), *Der Partisan*, Opladen 1990, página 26.
- [22] *Münkler* (nota a pie de pagina 21), página 27; *Stupka*, en *Schröfl/Pankratz* (Editores), *Assymetrische Kriegführung –ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, Baden-Baden 2004, página 55 y siguiente.- "Los partisanos ganan, cuando no pierden, pero, por el contrario, los atacados por los partisanos pierden, cuando no ganan."- Así puntualizó Raymond Aron el estado de la cuestión. (*Aron*, *Frieden und Krieg*, Frankfurt 1963, página 48).
- [23] *Münkler* (nota a pie de pagina 21), página 7.
- [24] *Münkler* (nota a pie de pagina 8), páginas 141, 221; *el mismo* (nota a pie de pagina 21), página 27.
- [25] (nota a pie de pagina 21), página 26.
- [26] *Münkler* (nota a pie de pagina 8), páginas 141, 148, 221.
- [27] Así, por ejemplo, *Huntington*, *Kampf der Kulturen*, Hamburg 2006, página 299.
- [28] *Waldmann*, en *Frank/Hirschmann* (Editor), *Die weltweite Gefahr*, Berlin 2002, página 17; *el mismo*, en *Graulich/Simon* (Editor), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 49.
- [29] Ni en el Derecho ni en la ciencia política hay una definición de terrorismo consolidada capaz de conseguir un consenso general. (Sobre su discusión jurídica trata *Herzog*, *Terrorismus – Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung*, Frankfurt 1991, página 17 y siguientes, *Tomuschat*, *EuGRZ* 2002, 536 y siguientes y *Weigend*, en *Griesbaum*, entre otros, [Editor], *Strafrecht und Justizgewährung [Festschrift für Kay Nehm]*, Berlin 2006, páginas 155 y siguientes; sobre la situación de la discusión en la ciencia política tratan *Daase*, en *Graulich/Simon* (Editores), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 91 y siguientes; *Hoffman*, *Terrorismus –der unerklärte Krieg*, Frankfurt 2001, página 13 y siguientes así como *Laqueur*, *Krieg dem Westen*, München 2003, páginas 346 y siguientes). La perífrasis utilizada en el texto tiene el mérito de dar expresión al mínimo de consenso conceptual.
- [30] *Sofsky*, *Zeiten des Schreckens*, Frankfurt 2002, página 95.
- [31] *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), paginas 95 y siguiente.
- [32] *Hetzer*, *StraFo* 2006, 143.
- [33] *Helmerich*, en *Bos/Helmerich* (Editor), *Neue Bedrohung Terrorismus*, Münster 2003, página 19; *Waldmann*, *Terrorismus und Bürgerkrieg*, München 2003, páginas 16 y siguiente; *el mismo* (nota a pie de pagina 28), página 13; *el mismo* (nota a pie de pagina 28), página 48; *Vest*, *Terrorismus als Herausforderung des Rechts*, Zürich/Basel/Genf 2005, página 34.
- [34] *Waldmann* (nota a pie de pagina 28), página 14; *el mismo* (nota a pie de pagina 33), página 70.
- [35] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 54; *el mismo* (nota a pie de pagina 8), páginas 142, 221.
- [36] Sobre el auge del terrorismo de motivación religiosa informa de manera plástica

Laqueur, Die globale Bedrohung, Berlin 1998, páginas 165 y siguientes; sobre la génesis del terror islámico véase *Laqueur* (nota a pie de pagina 29), S. 44 y siguientes.

[37] *Neidhardt*, en Graulich/Simon (Editor), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit, Berlin 2007, página 42.

[38] *Helmerich* (nota a pie de pagina 33), S. 27; *Hoffman* (nota a pie de pagina 29), página 122 y siguiente; *Kratochwil*, en Bos/Helmerich (Editor), Neue Bedrohung Terrorismus, Münster 2003, página 120; *Neidhardt* (nota a pie de pagina 37), página 42; *Preuß* (nota a pie de pagina 7), página 89. – El alto carácter integrista y la autolegitimación trascendental, que son propios de las organizaciones terroristas de motivación religiosa, les lleva de manera típica a una ulterior continuación como movimientos socialrevolucionarios o étnicos separatistas (*Straßner*, ZfP 51 [2004], páginas 362, 364 nota a pie de pagina 16, 371).

[39] En *el mismo*. (editor), Der Terror, der Staat und das Recht, Berlin 2004, página 84.

[40] *Schneckener*, Transnationaler Terrorismus, Frankfurt 2006, página 103.

[41] Próximo a este concepto, *Schneckener* (nota a pie de pagina 41), página 49 y siguientes.

[42] La captación y formación de los autores de atentados suicidas islámicos la tratan *Kucklick/Luczak/Reuter*, en Frank/Hirschmann (Editores), Die weltweite Gefahr, Berlin 2002, página 263 y siguientes.

[43] Muy próximo *Heiligsetzer*, en Bendel/Hildebrandt (Editores), Im Schatten des Terrorismus, Wiesbaden 2002, página 156 y siguiente.

[44] Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, Frankfurt/Leipzig 1994, página 56.

[45] *Kucklick/Luczak/Reuter* (nota a pie de pagina 42), página 278.

[46] (nota a pie de pagina 29), página 176.

[47] Esta conclusión constituye uno de los enunciados más relevantes en la investigación de la ciencia política sobre terrorismo; véanse *Laqueur*, Terrorismus, Frankfurt/Berlin 1987, páginas 155 y siguientes, 390 [fundamental]; *Brosius*, en Bos/Helmerich [Editor], Neue Bedrohung Terrorismus, Münster 2003, páginas 139 y siguientes; *Geyer*, en Schröfl/Pankratz (Editor), Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?, Baden-Baden 2004, páginas 292 y siguiente, 296; *Helmerich* [nota a pie de pagina 33], página 21; *Hoffman* [nota a pie de pagina 29], páginas 173 y siguientes; *Schneckener* [nota a pie de pagina 40], página 23; *Schober*, en Schröfl/Pankratz/Micewski [Editor], Aspekte der Asymmetrie, Baden-Baden 2006, página 85 y siguiente.

[48] *Waldmann* (nota a pie de pagina 28), página 48.

[49] En palabras del conocido moderador de televisión americano Fred Koppel, el terrorismo sin televisión sería "algo así como el hipotético árbol del que hablan los filósofos, que estaba caído en el bosque: nadie oyó que cayese. Por lo tanto, no tiene ningún motivo para estar ahí" (citado según *Brosius* [nota a pie de pagina 47], página. 139).

[50] *Laqueur* (nota a pie de pagina 47), página 390.

[51] *Hirschmann*, en Frank/Hirschmann (Editores), Die weltweite Gefahr, Berlin 2002, página 29; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 205; *Waldmann* (nota a pie de pagina 28), página 24; *el mismo* (nota a pie de pagina 28), página 52.

[52] *Schober* (nota a pie de pagina 47), página 88.

[53] De la misma forma, *Laqueur* (nota a pie de pagina 29), página 312 y siguiente, quien ve al terrorismo contemporáneo en una fase de „tránsito“: „en su forma actual predominante es de motivación religiosa o nacionalista y utiliza armas convencionales perfeccionadas, que comprenden cohetes, explosivos más eficaces y muchas cosas más. Además, se ha hecho más indiscriminado y letal mediante atentados suicidas. Es contemporáneo con la búsqueda de medios de destrucción masiva, con los que se puede provocar no sólo miles, sino posiblemente cientos de miles de víctimas Y mientras todo esto lleva a estimar que la creencia en la Yihad y en teorías similares seguirá siendo virulenta en un tiempo próximo, apuntan en el horizonte otras numerosas posibles fuentes de motivación terrorista. Por eso, se incrementa notablemente el peligro de que una provocación terrorista lleve en escalada a una guerra regular“.

[54] De foma ejemplificativa, *Diebitz*, ARSP 2005, 558; *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), páginas 178 y siguiente; *Tomuschat*, DÖV 2006, 357.

[55] *Diebitz* (nota a pie de pagina 54), 562.

[56] *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), página 10.

- [57] (nota a pie de pagina 10), página 298.
- [58] (nota a pie de pagina 13), página 9.
- [59] En Erklärte Kriege – Kriegserklärungen, Hamburg 2003, página 44.
- [60] (nota a pie de pagina 11), página 234.
- [61] (nota a pie de pagina 30), página 166.
- [62] (nota a pie de pagina 30), página 166.
- [63] *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), página 53; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 140; *Reiter*, en Schröfl/Pankratz/Micewski (Editores), *Aspekte der Asymmetrie*, Baden-Baden 2006, página 183.
- [64] Muy instructivo al respecto, *Schecknecker* (nota a pie de pagina 40), páginas 72 y siguientes.
- [65] *Depenheuer*, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn/München/Wien/Zürich 2007, página 23; *Hilger*, en Schröfl/Pankratz/Micewski (Editores), *Aspekte der Asymmetrie*, Baden-Baden 2006, página 47 y siguiente; *Huntington* (nota a pie de pagina 27), página 348; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), páginas 149, 229, 286.
- [66] (nota a pie de pagina 39), página 95.
- [67] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 205; *el mismo* (nota a pie de pagina 8), páginas 229, 240, 345; *el mismo*, *Merkur* 2007, 752; coincidiendo, *Gujer*, en Foertsch/Lange (Editores), *Islamistischer Terrorismus*, München 2005, página 53 y siguiente.
- [68] NJW 2002, 2669.
- [69] *Schober* (nota a pie de pagina 47), página 87.
- [70] *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), página 92.
- [71] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 197 y siguiente, 204; *el mismo*, PVS 42 (2001), 587; coincidiendo, *Vest* (nota a pie de pagina 33), página 34; se manera semejante, *Behr*, *Entterritoriale Politik*, Wiesbaden 2004, página 123; *Depenheuer* (nota a pie de pagina 66), página 48; *Forndran*, en Dicke, entre otros, (Editor), *Weltinnenrecht (Liber amicorum a Jost Delbrück)*, Berlin 2005, página 244 y siguiente; *Geyer* (nota a pie de pagina 47), página 285; *Isensee* (nota a pie de pagina 39), página 88.
- [72] Ya en la literatura actual, se encuentran –aunque todavía de forma aislada– opiniones como las siguientes: “De la misma forma que organizaciones como Greenpeace se inmiscuyen en la política medio ambiental en cualquier parte del globo, también otras organizaciones intervienen en los conflictos armados o intentan iniciarlos o dirigirlos en cualquier parte del globo. Teniendo presente esto, no se prescinde en absoluto de una conclusión lógica aplastante, que es que el fin del monopolio estatal en la política en general, ha significado el fin del monopolio estatal en la dirección de la guerra o de otros conflictos armados. Por eso, sería carente de sentido demonizar a los grupos terroristas en lugar de advertir que ellos, como otros muchos, pertenecen a los nuevos actores del panorama internacional. En lugar de desecharlos como un hecho curioso, se debería reconocerles como actores normales con intereses normales y métodos especiales. Aunque una organización sin gobierno como Al-Qaida haya adoptado un objetivo distinto al de Greenpeace y medios distintos, su actividad es tan global como la de Greenpeace. Pretende tener influencia política sobre los acontecimientos mundiales y aunque no esté legitimada por los votos, no, por ello, carece totalmente de legitimación. [...] La renuncia a consideraciones metafísicas absolutas del estilo “bueno-malo” hace que las soluciones pragmáticas ya no se estrellen contra su tabúes simbólicos. La idea de cortarle las alas a Al-Qaida, realizando sencillamente su pretensión más antigua y claramente más significativa (la de la retirada de las tropas norteamericanas de Arabia Saudí), para la lucha antiterrorista, es absurdo. ¿Qué argumentos hay, entonces, en contra?” (*Scheerer*, *Die Zukunft des Terrorismus*, Lüneburg 2002, páginas 135, 137).
- [73] *Huntington* (nota a pie de pagina 27), página 495; *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), páginas 35, 55 f.; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 223. – Solo aproximadamente el diez por ciento de todos los conflictos armados que se desarrollan a lo largo del mundo son conflictos estatales en el sentido clásico (*Münkler* [nota a pie de pagina 72], 584).
- [74] (nota a pie de pagina 13), página 9.
- [75] *Nabers*, ZPol 17 (2007), 372; *Preuß* (nota a pie de pagina 7), página 85.
- [76] Sobre la elaboración de esa fórmula en las semanas siguientes al 11 de septiembre de 2001, nos informa *Nabers* (nota a pie de pagina 76), páginas 360 y siguientes.
- [77] *Tomuschat* (nota a pie de pagina 29), 535.

[78] *Schröfl/Pankratz* (nota a pie de pagina 10), página 12.

[79] En la literatura de lengua alemana, así *Depenheuer* (nota a pie de pagina 66), página 11 y siguiente, páginas 46 y siguientes; *Hetzer* (nota a pie de pagina 32), 143; *Isensee*, en Pawlik/Zaczyk (Editor), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln/Berlin/München 2007, página 230; *Lohmann*, en Schröfl/Pankratz (Editor), *Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, Baden-Baden 2004, página 62; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 222; *el mismo* (nota a pie de pagina 72), 587; *el mismo*, en Graulich/Simon (Editor), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 85; *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), páginas 175, 178; *Werthebach*, en Graulich/Simon (Editores), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 123 y siguiente. *Kotzur* constata „una amenaza a la paz similar a una guerra“, AVR 40 (2002), página 462 y siguiente. De un conflicto „parecido a la guerra“ hablan *Bruha*, en Koch (Editor), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, Baden-Baden 2002, página 54 y siguientes y *Nehm* (nota a pie de pagina 69), 2669.

[80] *Münkler* (nota a pie de pagina 80), 85.

[81] (nota a pie de pagina 80), página 85.

[82] *Kühne*, *Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit*, Trier 2004, página 21 (de la misma forma, *Hetzer*, ZRP 2005, 133) opina, en contra, que la situación del actual terrorismo no sería fundamentalmente diferente de lo que había sido anteriormente: “Los activistas utilizan como armas técnicas modernas y las usan allí donde hacen más daño a la sociedad. Se trata, por cínico que pueda sonar, de un comportamiento criminal usual y conforme al sistema, en la medida en que no hay ninguna nueva medida que reconocer. Incluso la extensión de la producción del daño es congruente con los riesgos que la utilización de materiales y técnicas peligrosas le depara a la sociedad en general. No tenemos, por lo tanto, ante nosotros nada distinto de la criminalidad que corresponde a la estructura y al desarrollo de la sociedad en el reflejo negativo de su imagen”. Por manida que pueda sonar esta observación, hay un punto en el que la cantidad se convierte en calidad, que pasa inadvertido en esta argumentación.

[83] *Schneckener* (nota a pie de pagina 40), página 13.

[84] Al respecto *Preuß* (nota a pie de pagina 7), página 39.

[85] *Münkler* (nota a pie de pagina 80), página 87 y siguiente.

[86] *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), página 51.

[87] (nota a pie de pagina 7), página 47.

[88] De la misma forma, *Bruha* (nota a pie de pagina 80), página 55 y siguiente; *Karstedt*, *Kriminologisches Journal* 34 (2002), 127; *Micewski*, en Schröfl/Pankratz (Editor), *Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, Baden-Baden 2004, página 38.

[89] *Karstedt* (nota a pie de pagina 89), 127.

[90] *Bruha* (nota a pie de pagina 80), página 56.

[91] Citado según *Hoffman* (nota a pie de pagina 29), página 125.

[92] *Micewski* (nota a pie de pagina 89), página 38 habla, apoyándose en Clausewitz, de un acercamiento a “la forma absoluta” de la guerra.

[93] *Daase* (nota a pie de pagina 29), página 95; *Forndran* (nota a pie de pagina 72), página 236, 246, 253; *Hetzer* (nota a pie de pagina 32), 143; *Hoffman* (nota a pie de pagina 29), página 44; *Kotzur* (nota a pie de pagina 80), 463; *Lohmann* (nota a pie de pagina 80), página 61; *Micewski* (nota a pie de pagina 89), página 38; *Nehm* (nota a pie de pagina 69), 2669; *Schmidl*, en Schröfl/Pankratz (Editor), *Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik*, Baden-Baden 2004, página 129; *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), página 179.

[94] *Münkler* (nota a pie de pagina 72), página 588.

[95] *Laqueur* (nota a pie de pagina 36), página 344; *Münkler* (nota a pie de pagina 72), página 588 y siguiente.

[96] En la literatura se encuentran, sin duda, las perlas más pintorescas del auto-odio, políticamente correcto, occidental. Así, se lamenta *Crespo*, ZIS 2006, 420: “En contraposición al derecho de la guerra clásico, que distingue claramente entre guerra y paz, entre enemigo y delincuente, soldado y civil, tales líneas de distinción se diluyen en la cruzada contra el Terror”. Sí, es verdad, pero quien hace algo de ese estilo, en primer término son los propios terroristas.

[97] *Kreß*, en Hankel (Editor), *Die Macht und das Recht*, Hamburg 2008, página 343 y siguiente.

[98] Sobre lo más último, *Bruha* (nota a pie de pagina 80), página 76 y siguiente.; *Doehring, Völkerrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2004, página 259; *Frowein, ZaöRV* 2002, 893; *Kurth, ZRP* 2002, 406; *Stein/von Buttlar, Völkerrecht*, 11ª Edición, München 2005, página 485; *Tomuschat* (nota a pie de pagina 29), 536.

[99] *Forn dran* (nota a pie de pagina 72), página 259; *Kratochwil* (nota a pie de pagina 38), página 123; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 64.

[100] *Schneckener* (nota a pie de pagina 40), página 204 y siguiente.

[101] En Hitzler/Reichertz (Editor), *Irritierte Ordnung*, Konstanz 2003, página 275.

[102] *Beck, Das Schweigen der Wörter*, Frankfurt 2002, página 10.

[103] *Schäuble*, en *Der Spiegel* 28/2007, 32.

[104] Esto, en el foro de discusión internacional, no es objeto de controversia; al respecto *Kreß* (nota a pie de pagina 98), página 386 y siguientes. – Sobre el carácter simétrico y limitado a las guerras estatales de las reglas de derecho público sobre conflictos armados internacionales *Herdegen, Völkerrecht*, 6ª Edición, München 2007, página 367; sobre el rasgo esencial de la simetría de las reglas de derecho público de los conflictos no internacionales *Kreß*, obra citada, página 394 y siguiente, con remisión al compromiso reconocido en el derecho internacional humanitario de amnistiar en la mayor extensión posible, al término de las operaciones militares, la participación conforme a las normas del derecho internacional de los conflictos en acciones bélicas (Art. 6 apartado 5 del Protocolo Adicional de 8 de junio de 1977 al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las víctimas de conflictos armados no-internacionales). – La objeción, de que la calificación del enfrentamiento con el terrorismo como guerra, otorga a los terroristas un status legal privilegiado y les dispensa „excesivo honor“ (así *Preuß* [nota a pie de pagina 7], página 89; igualmente, *Kotzur* [nota a pie de pagina 80], 476 y siguiente, *Nabers* [nota a pie de pagina 76], 361 y *Tomuschat* [nota a pie de pagina 29], 536), solamente es sólida bajo el presupuesto de una alternatividad entre delito y guerra. Sin embargo, esta disyuntiva ha sobrevivido frente al moderno terrorismo.

[105] Citado según *Klein*, en *Isensee* (editor), *Der Terror, der Staat und das Recht*, Berlin 2004, página 35.

[106] Por un “derecho de Policía transnacional de nuevo cuño con elementos del derecho de los conflictos” también aboga, sobre la base de un análisis de derecho internacional sutil y con amplio examen de la literatura científica internacional, *Kreß* (nota a pie de pagina 98), páginas 395 y siguientes. Coincidiendo en su posición local, también *Isensee* (nota a pie de pagina 39), página 91 así como *Roellecke*, *JZ* 2006, 268 y siguiente. –El Reino Unido ha tomado ya este camino con la *Prevention of Terrorism Act* de 2005. Lo mismo sirve por la materia para el Tribunal Supremo israelí. Este Tribunal en su resolución de 11 de diciembre de 2005 (*The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.* [HCJ 769/02, Nr. 40]) ha reconocido una prioridad fundamental a la detención sobre la muerte intencional del presunto terrorista, no obstante lo cual considera que deben ser modificados los principios del conflicto jurídico mediante los del tradicional derecho de policía (proporcionalidad), solución a la que llega después de haber aceptado como punto de partida sistemático la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados internacionales (*Kreß*, obra citada, página 399 y siguiente).

[107] Discrepando, por ejemplo, *Bull*, en *Graulich/Simon* (Editores), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 309 y siguiente; *Hase*, *DÖV* 2006, 215 y siguiente; *Krauß*, en *Uwer* (Editor), „Bitte bewahren Sie Ruhe“, Berlin 2006, página 99; *Lüderssen*, *StV* 2001, 720; *el mismo*, *FR* de 31 de enero de 2002, 19; *Prittowitz*, en *el mismo*, entre otros, (Editor), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, páginas 505, 507; *Sander*, en *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie* (Editor), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt 2007, página 275 y siguiente; *Waechter*, *JZ* 2007, 68.

[108] (nota a pie de pagina 13), página 11.

[109] (nota a pie de pagina 13), página 11.

[110] *von Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin 1905, volumen I, página 292, volumen II, página 3, 65, 68, 78 y siguiente, 236.

[111] Acertadamente, *Sander* (nota a pie de pagina 108), página 272 y siguiente.

[112] *Calliess*, en *Britz*, entre otros, (Editor); *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München 2001, página 112 y siguientes.; *NK-Hassemer/Neumann*, *StGB* 2.ª Edición, volumen 1, Baden-Baden 2005, respecto del § 1 marginal 274 y siguiente; *Arthur Kaufmann*, en *Hirsch/Marquardt* (Editor), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin/New York 1986, página 431; *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, volumen I, 4ª edición, München 2006, § 3 Rn. 15; *S/S-Stree*, *StGB*, 27ª Edición, München 2006, advertencia preliminar §§ 38 y siguientes marginal 15.

- [113] *von Liszt* (nota a pie de pagina 111), volumen I, página 161.
- [114] *Eb. Schmidt*, ZStW 67 (1955), página 181.
- [115] *von Liszt* (nota a pie de pagina 111), volumen I, página 169.
- [116] Véase *Burns*, Southern Illinois University Law Journal 28 (2004), 624; *Doehring* (nota a pie de pagina 99), página 258 (respectivamente aplicado a la finalidad del cautiverio como prisionero de guerra).
- [117] Al particular, con extenso examen *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, Berlin 2004, páginas 31 y siguientes.
- [118] Así *Roxin* (nota a pie de pagina 113), § 6 Rn. 1; coincidiendo objetivamente, *Hirsch*, en Prittwitz entre otros (Editor), Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, página 254.
- [119] *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 755; de la misma forma, *Dencker*, StV 1988, 263.
- [120] Partidarios clásicos de esta posición: *von Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Stuttgart 2006, página 28; *J. S. Mill*, Über die Freiheit, Stuttgart 1988, página 19 y siguiente, 103; *Taine*, en Freund (Editor), Der Liberalismus, Stuttgart 1965, página 124. De la literatura científica más reciente *Berlin*, Freiheit, Frankfurt 2006, páginas 201 y siguientes, 243.
- [121] Verteidigung des Privaten, München 2007, páginas 18, 37.
- [122] *Jakobs* (nota a pie de pagina 120), 755.
- [123] *Sofsky* (nota a pie de pagina 122), página 28.
- [124] *Jakobs* (nota a pie de pagina 120), 755.
- [125] De la misma forma, *Jakobs* (nota a pie de pagina 120), 757; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt 1994, página 220.
- [126] Al respecto, *J. S. Mill* (nota a pie de pagina 121), páginas 77 y siguiente, 113, 132, 135.
- [127] *Cancio*, en Pawlik/Zaczyk (editores), Festschrift für Günther Jakobs, Köln/Berlin/München 2007, página 44.
- [128] Véase *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2ª Edición, München 2007, 8/3; *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2ª Edición, München 1990, página 208.
- [129] *Jakobs* (nota a pie de pagina 120), 753.
- [130] La amplitud de la conducta típica del § 129 a del StGB le conduce además a una precaria relación con la estructura del procedimiento penal reformado. Conductas, que establecen un deber judicial de investigar en toda dirección y casi sin límites – predominantemente orientadas al objetivo de la organización– como actuación punible, encajan más bien en el antiguo procedimiento inquisitorial que en el moderno proceso acusatorio (próximo, *Fezer*, en K. Schmidt [Editor], Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Berlin 1990, páginas 133 y siguientes).
- [131] De forma ejemplificativa, *Rudolphi*, en Frisch/Schmid (Editor), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, página 317; *el mismo*, ZRP 1979, página 215 y siguiente.
- [132] La jurisprudencia y la doctrina se han esforzado por hacer una interpretación restrictiva del § 129 a) del StGB; así el Tribunal Federal ha reducido recientemente de forma considerable la punibilidad de la apología en favor de organizaciones terroristas (BGH HRRS 2007 Nr. 800 con comentario en apoyo, *Mansdörfer*, HRRS 2007, 366 y siguientes) y ha exigido una prueba contundente de los elementos característicos fundamentales contenidos en el párrafo 2 (BGH StB 43/07, reseñado en FAZ de 29 de noviembre de 2007, página 4). Por plausibles que sean tales puntos de apoyo a partir de los principios fundamentales del derecho penal, lo cierto es que los problemas estructurales del § 129 StGB no desaparecen.
- [133] *Kötter*, Der Staat 43 (2004), 389 y siguiente ilustra esto incisivamente mediante el caso del terrorista “durmiente” que representa precisamente la personificación del peligro que se origina en privado, “la figura del” durmiente “genera, ya como idea, temor y terror, en la medida que puede considerarse como la perfección del terror”.
- [134] Así, *Rudolphi* (nota a pie de pagina 132), página 317 y siguientes (fundamental); *el mismo*, (nota a pie de pagina 132), 215 y siguiente; SK-*Rudolphi/Stein*, StGB 63. Lfg. (Neuwied, Marzo 2005), § 129 a Rn. 6; NK-*Ostendorf*, StGB, volumen 2, 2ª Edición, Baden-Baden 2005, § 129 Rn.5; *Fürst*, Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129 a StGB, Frankfurt 1989, página 68; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, página 284, 287 y siguientes; *el mismo*, StV 2005, 160; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, Berlin 2000, página 167 y siguiente;

Langer-Stein, Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen, München 1987, página 150 y siguientes; *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, Frankfurt 1997, página 28; *F.-C. Schroeder*, Die Straftaten gegen das Strafrecht, Berlin 1985, páginas 11, 22.

[135] En este sentido, *Jakobs* (nota a pie de página 120), 778. – También la corriente mayoritaria entiende el § 129 a del StGB como un precepto que protege la seguridad pública (BayObLG, StV 1998, 265; OLG Düsseldorf, NJW 1994, 398 f.; LK-v. *Bubnoff*, Volumen 4, 11ª Edición, Berlin/New York 1995, § 129 a Rn. 4; *Griesbaum*, en *el mismo*, entre otros, [Editor], Festschrift für Kay Nehm, Berlin 2006, página 129; *Hofmann*, NStZ 1998, 250; *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil I, (Parte especial) 3ª Edición, Baden-Baden 2007, § 41 marginal 1; *Lackner/Kühl*, StGB, 26ª Edición, München 2007, § 129 Rn. 1; *S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben*, StGB, 27ª Edición, München 2006, § 129 Rn. 1; *MK-Miebach/Schäfer*, StGB, volumen 2/2, München 2005, § 129 a, Rn. 1; *Lampe*, ZStW 106 [1994], 706), desde luego, sin considerar la circunstancia de que el bien jurídico "seguridad pública" simplemente se adapta a la perfrasis de un derecho de intimidación en el sentido esbozado más arriba. De ahí que la determinación del bien jurídico de la corriente mayoritaria en gran parte siga siendo una vacía fórmula estereotipada. Puesto que se puede decir que todo acto antijurídico perjudica la seguridad pública, y que la protección de la seguridad pública representa simplemente una reformulación de la función del derecho penal globalmente considerado, el problema central de la legitimación teórica del § 129 a del StGB, -la amplia anticipación de la punibilidad-, no se justifica por esa determinación del bien jurídico protegido, sino más bien se disimula (*Cancio* [nota a pie de página 128], páginas 38, 43; *Müssig* [nota a pie de página 126], página 216 y siguiente; *Rudolphi* [nota a pie de página 132], página 319; *Schroeder* [nota a pie de página 135], página 14).

[136] *Gärditz*, Weltrechtspflege, Berlin 2006, página 172. – La disposición se retrotrae a un acuerdo marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 (2002/475/JI).

[137] Véase BT-Drucks. 14/8893, página 8 y siguiente.

[138] En este sentido, *LPK-Kindhäuser*, StGB, 3ª Edición, Baden-Baden 2006, § 129 b Rn. 6 y siguientes; *Kreß*, JA 2005, 226 y siguientes; *Stein*, GA 2005, 433. Según la opinión de todos los citados, el § 129 b del StGB, por culpa de su inaceptable amplia formulación, se mueve en el límite de la interpretabilidad.

[139] Esto mismo debería valer, aunque el activista no esté activamente encuadrado en la organización de forma activa (BT-Drucks. 14/8893, página 9).

[140] Así, de forma crítica, *Fischer*, StGB, 54ª Edición, München 2007, § 129 b marginal. 3; Igualmente, *S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben* (nota a pie de página 136), § 129 b marginal 2.

[141] De forma ejemplificativa, *Roxin* (nota a pie de página 113), § 3 marginal 51; *Schünemann*, en Geppert, entre otros, (editor), Festschrift für Rudolf Schmitt, Tübingen 1992, página 133; *el mismo*, en Schünemann, entre otros, (editor), Festschrift für Claus Roxin, Berlin/New York 2001, página 24. – La inconsistencia sistemática de esta posición se demuestra por *Pawlik*, en Pawlik/Zaczyk (editor) Festschrift für Günther Jakobs, Köln/Berlin/München 2007, página 481.

[142] *Roxin* (nota a pie de página 113), § 3 marginal 51; igualmente, *Fischer* (nota a pie de página 141), § 46 marginal 5; *Lackner/Kühl* (nota a pie de página 136), § 46 marginal 23; *Albrecht*, Die vergessene Freiheit, Berlin 2003, página 65 y siguiente; *Dencker* (nota a pie de página 120), 263; *Gärditz* (nota a pie de página 137), página 325; *Haffke*, KJ 2005, 21; *Hassemer*, en Hoyer, entre otros, (Editor), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, página 63; *el mismo*, WestEnd 2006, 82; *el mismo*, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (editor), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt 2007, página 135; *Kunz*, en Arnold, entre otros (editor), Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser), München 2005, página 1375.

[143] *Jakobs*, en Eser, entre otros, (editor), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, página 51.

[144] Igualmente, *Dencker*, StV 1987, 121, quien con razón señala la incongruencia que descansa en que la conducta típica descrita en el § 129 a del StGB, según su texto expreso, comprenda también organizaciones, cuya actividad se dirija solamente a la comisión de delitos. Esto también lo critican *Kühl*, NJW 1987, 746 und v. *Plottnitz*, ZRP 2002, 352 así como *SK-Rudolphi/Stein* (nota a pie de página 135), § 129 a marginal 2.

[145] *Schroeder* (nota a pie de página 135), página 29. –La idea de que el § 129 a del StGB tiene prioritariamente una función preventiva, encuentra en la literatura un considerable respaldo; véase, por ejemplo, *Müssig* [nota a pie de página 126], páginas 219, 241; en tiempos más recientes, *Griesbaum* (nota a pie de página 136), página 129 (de forma afirmativa); *Jakobs*, HRRS 2004, 92 (el § 129 a) del StGB contendría una "pena" de las denominadas de prevención anticipada de la seguridad); *el mismo*, ZStW 117 [2005], 840, 845; *el mismo*, HRRS 2006, 296; *Krauß* (nota a pie de página 108), página 97 (crítico).

[146] BVerfGE 16, 194 (202); BVerfG NJW 2003, 2897 (2899), KK-Pfeiffer, StPO, 5ª Edición.,

München 2003, Preámbulo marginal 30; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, Baden-Baden 2006, § 18 marginal 10; *Kühne*, Strafprozeßrecht, 7ª Edición., Heidelberg 2006, marginal 406.

[147] BVerfG NJW 1977, 1489 y siguiente; 1985, 121 (122 y siguientes); HK-*Krehl*, StPO, 3ª Edición, Heidelberg 2001, Preámbulo, marginal 19; *Meyer-Goßner*, StPO, 48ª Edición, München 2005, Preámbulo marginal 20; *Kindhäuser* (nota a pie de página 147), § 18 marginal 10.

[148] También así, *Dencker* (nota a pie de página 145), 117 y siguientes; v. *Plottnitz* (nota a pie de página 145), 352 y siguiente.

[149] LK-v. *Bubnoff* (nota a pie de página 145), § 129 a marginal 4 y siguiente.; LPK-*Kindhäuser* (nota a pie de página 139), § 129 a marginal 2; *Fischer* (nota a pie de página 141), § 129 a marginal 3; *Achenbach*, Kriminalistik 1987, 297 y siguientes; *Helm*, StV 2006, 719 y siguiente.; *Krauß* (nota a pie de página 108), página 97; *Weigend* (nota a pie de página 29), página 167.

[150] (nota a pie de página 69), 2670. –En un 90 % de los casos, no se llegó, sin embargo, a la formulación de una acusación pública por el artículo § 129 a del StGB (BT-Drucks. 16/5820, página 1), sino o al archivo de las actuaciones o a formular acusación por cualquier otro delito "normal".

[151] De la "legislación especial" debida a la singularidad del terrorismo, habla *Dencker* (nota a pie de página 149), 118.

[152] Así *Hassemer* (nota a pie de página 143), página 117 sobre las nuevas orientaciones del derecho penal de acción preventiva.

[153] Véase, al particular, BT-Drucks. 16/5820, página 2 así como la propuesta de ley del Land de Hessen Proyecto de ley número 42 de modificación del StGB –Ley para represión de la permanencia en campos de entrenamiento terrorista- (42ª Ley modificativa del StGB), que se puede conseguir en <http://www.hmdj.hessen.de>; véase también "Die Welt-Online" de 8.5.2007, http://www.welt.de/politik/article859177/Regierung_plant_neue_Anti-Terror-Paragrafen.html; además, "Spiegel-Online" de 16.7.2007, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,494572,00.html>.

[154] Citado según: <http://www.n-tv.de/850780.html>.

[155] http://www.bmj.bund.de/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html.

[156] Cercano en la crítica a un modelo semejante de determinación de la punibilidad, *Pawlik*, StV 2003, 298 y siguiente; además, *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, Heidelberg 1988, página 298; *Weigend*, en Eser (Editor), Festschrift für Haruo Nishihara, Baden-Baden 1998, página 197 y siguientes; *Wohlers*, SchwZStr 117 (1999), 434.

[157] (nota a pie de página 156).

[158] Véanse los informes en Die Welt de 19.11.2007, página 4; <http://www.netzzeitung.de/deutschland/74030.html>; <http://www.tagesschau.de/inland/terrorlager6.html>.

[159] (nota a pie de página 154).

[160] Citado según: <http://www.tagesschau.de> (nota a pie de página 159).

[161] FAZ de 15 de septiembre de 2007, página 10.

[162] Citado según: FAZ de 8 de setiembre de 2007, página 1.

[163] Un elemento peligroso es, según la definición gubernamental, una persona, a la que, determinados actos justifican la suposición de que cometerá actos penales políticamente motivados de considerable significación, especiaemente de aquéllos a los que se refiere el artículo 100 de la Ley Procesal Penal (BT-Drucks. 16/3570, página 6).

[164] *Jakobs* (nota a pie de página 144), página 51 y siguientes; *el mismo*. (nota a pie de página 146), 92 y siguiente; *el mismo*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn 2004, página 45 y siguiente; *el mismo*, (nota a pie de página 146), 839 y siguientes; *el mismo*, (nota a pie de página 146), 295 y siguiente. –Apoyándole, *Deppenheuer* (nota a pie de página 66), página 69 y siguiente; *Pérez del Valle*, en *Pawlik/Zaczyk* (editor), Festschrift für Günther Jakobs, Köln/Berlin/München 2007, página 515 y siguientes; *Polaino*, ebd., página 529 y siguientes; muy próximo también *Sack*, http://www.cilip.de/presse/2005/sack_druck.htm, página 10 y siguientes. –Indecisos, *Lüderssen* (nota a pie de página 108), 19; *el mismo*, "Daß nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine", Frankfurt/Leipzig 2005, página 64 y siguientes. –Oponiéndose a la concepción del derecho penal del enemigo *Albrecht*, ZStW 117 (2005), 856; *Ambos*, SchZStr 124 (2006), 15 y siguientes; *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht, Baden-Baden 2004, página 126 y siguientes; *el mismo*, HRRS 2006, 299 y siguientes; *el mismo*, en Uwer (editor),

"Bitte bewahren Sie Ruhe", Berlin 2006, páginas 138 y siguientes; *Arnold*, HRRS 2006, 304 y siguientes; *Bung*, en Uwer, obra citada, página 249 y siguientes; *el mismo*, HRRS 2006, 317 y siguientes; *Cancio*, ZStW 117 (2005), 282 y siguientes; *Crespo* (nota a pie de página 97), 413 y siguientes; *Düx*, ZRP 2003, 194 y siguiente; *Eser*, en *el mismo*, entre otros (editor), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft für der Jahrtausendwende, München 2000, página 445; *Fahl*, StraFo 2006, 178 y siguientes; *Frommel*, en Uwer, obra citada, página 71 y siguientes; *Gärditz* (nota a pie de página 137), página 439 nota a pie de página 22; *Gössel*, en Hoyer, entre otros, (editor), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, página 35 y siguientes; *Greco*, GA 2006, 102 y siguientes; *Hassemer*, StraFo 2005, 315; *el mismo*. (nota a pie de página 143), 81 y siguiente; *el mismo* (nota a pie de página 143), página 121 y siguientes; *Hefendehl*, StV 2005, 158 y siguiente; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, Frankfurt 2004, página 235 y siguiente; *Jung*, GA 2006, 726 y siguiente; *Hörnle*, GA 2006, 89 y siguientes; *Kindhäuser*, en Hoyer entre otros, (editor), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, página 95 y siguientes; *Krauß* (nota a pie de página 108), página 84 y siguientes; *Kunz*, SchwZStr 122 (2004), 242 y siguientes; *el mismo*. (nota a pie de página 143), páginas 1389 y siguientes; *Malek*, HRRS 2006, 316 y siguiente; *Neumann*, en Uwer aaO, S. 312 y siguientes; *Ogorek*, en Graulich/Simon (editor), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit, Berlin 2007, página 217 y siguiente; *Prittwitz*, ZStW 113 (2001), 795 y siguiente; *el mismo*, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (Editor), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt 2007, página 249 y siguiente; *el mismo*, en Pilgram/Prittwitz (Editor), Kriminologie: Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung, Baden-Baden 2005, página 226; *Saliger*, JZ 2006, 759 y siguientes; *Sander* (nota a pie de página 108), página 258 y siguientes; *Sauer*, NJW 2005, 1703 y siguientes; *Sinn*, ZIS 2006, 113 y siguientes; *Schneider*, ZStW 113 (2001), 515; *el mismo/Morguet*, en Uwer obra citada, página 339 y siguientes; *Schünemann*, GA 2001, 210 y siguientes; *el mismo*, en Griesebaum entre otros (Editor), Festschrift für Kay Nehm, Berlin 2006, página 221 y siguientes; *Schulz*, ZStW 112 (2000), 661 y siguientes; *el mismo*, en Uwer, obra citada, página 325 y siguientes; *Streng*, en Uwer obra citada, página 245 y siguientes; *Uwer*, en *el mismo*, obra citada, página 37 y siguientes.

[165] *Jakobs* (nota a pie de página 144), página 53; *el mismo* (nota a pie de página 146), página 93; *el mismo* (nota a pie de página 165), página 44; *el mismo* (nota a pie de página 146), 843; *el mismo* (nota a pie de página 146), 293. – Como las manifestaciones de *Jakobs* dejan claro, él no quiere decir con ello en modo alguno una privación absoluta de los derechos del enemigo, sino simplemente, "una cierta –más o menos grande– reducción de su *status civitatis*" (así, certeramente *Silva Sánchez*, ZStW 118 [2006], 549).

[166] En este sentido, *Albrecht* (nota a pie de página 165), página 857; *Ambos* (nota a pie de página 165), 22 y siguiente; *Greco* (nota a pie de página 165), 106; *Hörnle* (nota a pie de página 165), 91 y siguiente; *Uwer* (nota a pie de página 165), página 42.

[167] De manera interesante, desde hace unos años, autores sobre todo del espectro político de izquierdas descubren la firme actualidad del pensamiento de Schmitt; en último término, *Agamben*, Homo sacer, Frankfurt 2002, página 21 y siguiente, 25 y siguientes; *el mismo*, Ausnahmezustand, Frankfurt 2004, página 7 y siguientes; *Mouffe*, Über das Politische, Frankfurt 2007, páginas 11, 15 y siguientes.

[168] También el propio *Jakobs* (en [nota a pie de página 146], página 294) combate decididamente una aproximación de su teoría del derecho penal del enemigo al pensamiento amigo-enemigo de *Carl Schmitt*.

[169] (nota a pie de página 146), página 293.

[170] Véase de la literatura clásica, *von Humboldt* (nota a pie de página 121), página 35 así como *Malthus*, en Freund (Editor), Der Liberalismus, Stuttgart 1965, página 135 y siguiente; de tiempos recientes, *von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 3ª Edición, Tübingen 1991, página 105 y siguientes.

[171] Véase BVerfGE 87, 209 (228). – Esta manera de pensar encontró su expresión clásica en el artículo 1 de la Virginia Bill de 12 de junio de 1776 así como en el Preámbulo de la Declaración de la Independencia americana de 4 de julio de 1776. Estos textos estaban una vez más inspirados esencialmente en *Locke*, Über die Regierung, Stuttgart 2003, página 22, 64 y siguiente. De la literatura filosófica reciente, véase, por ejemplo, *Nozick*, Anarchie, Staat, Utopia, Munich, o. J., página 25 y siguiente.

[172] Así lo hacen, por ejemplo, *Hassemer* (nota a pie de página 143), página 122, *Neumann* (nota a pie de página 165), página 313, *Saliger* (nota a pie de página 165), 762 y *Sander* (nota a pie de página 108), página 260.

[173] Especialmente contundente, en (nota a pie de página 146), páginas 289, 290, 294.

[174] *Jakobs* (nota a pie de página 146), 294.

[175] La fuerza descriptiva de la concepción del derecho penal del enemigo se reconoce de forma amplia; véase *Albrecht* (nota a pie de página 165), 855 y siguiente; *Arnold* (nota a pie de página 165), 307 y siguientes; *Cancio* (nota a pie de página 165), 268 y siguientes, 279; *Dencker* (nota a pie de página 120), 263 y siguiente; *Denninger*, KJ 2005, 367; *Frankenberg*,

KJ 2005, 381; *Hörnle* (nota a pie de pagina 165), 82 y siguientes; *Neumann* (nota a pie de pagina 165), 300 y siguiente; *Prittwitz* (nota a pie de pagina 165), página 218 y siguiente, 224 y siguiente, 228; *Sander* (nota a pie de pagina 108), páginas 256 y siguientes; *Scheffler*, en Feltes, entre otros, (Editor), *Festschrift für Hans-Dieter Schwind*, Heidelberg 2006, páginas 123 y siguientes; *Sinn* (nota a pie de pagina 165), 108 y siguientes; *Krauß* (nota a pie de pagina 108), 81 y siguiente, 99; *Streng* (nota a pie de pagina 165), 231.

[176] Próximo al fundamento filosófico jurídico *Pawlik* (nota a pie de pagina 142), páginas 476 y siguientes.

[177] (nota a pie de pagina 107), 268.

[178] *E. A. Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 798.

[179] Este aspecto, *Jakobs* lo desprecia excesivamente. "Guerra encorsetada" –uno de sus giros más recurrentes como perífrasis de lo que él denomina derecho penal del enemigo (véase *Jakobs* [nota a pie de pagina 146], 92; *dens.* [nota a pie de pagina 165], página 44)– no necesita terminar obligatoriamente en la despersonalización del adversario.

[180] De forma ejemplificativa, *Kotzur* (nota a pie de pagina 80), 465 y siguiente y *Schünemann* (nota a pie de pagina 165), 312.

[181] *Hettinger*, *NJW* 1996, 2264; *Kühl* (nota a pie de pagina 145), 737; *Zaczyk*, *StV* 1993, 490 y siguiente.

[182] (nota a pie de pagina 107), 265.

[183] Más arriba, nota a pie de pagina 109.

[184] En su contra, *Hassemer* (nota a pie de pagina 143), página 122 no representa el derecho de la guerra en modo alguno un "derecho desaforado de prevención del peligro". Sin duda, a algunos autores les perturba el concepto de enemigo como tal: favorece una "demonización" del adversario (*Saliger* [nota a pie de pagina 165], 761) y alenta por ello, "a arrojar a aquéllos a los que se les tilda de enemigos al demonio con Belcebú y mandarles al infierno" (*Ambos* [nota a pie de pagina 165], 26). Frente a tal escenario de terror, –el revés de una idiosincrasia que se entiende progresista, que según una observación de *Isensee* (en *Mellinghoff*, entre otros, [Editor], *Die Erneuerung des Verfassungsstaates*, Heidelberg 2003, página 9 y siguiente) no desearía reconocer el carácter de enemigo como una categoría y por eso, se inclina por sentirse perjudicada personalmente por la discrepante realidad– se ha movilizado en los años pasados en favor de una maliciosa jerga de asistencia social: no se trataría de "enemigo, sino de problema" (*Prittwitz* [nota a pie de pagina 165], página 228). ¿Sin embargo, no debería ser ambición de la ciencia precisamente la de dar al problema el valor conceptual sistemático, terminológico e históricamente adecuado? El ser un plañidero no es una virtud ni moral ni científica.

[185] Así resulta del artículo 118 del Convenio de Ginebra de 12 agosto de 1949 sobre trato a los prisioneros de guerra; sobre el particular, *Gasser*, *Humanitäres Völkerrecht*, Basilea/Ginebra 2007, página 100.

[186] *Bothe*, en *Dicke*, entre otros, (Editor), *Weltinnenrecht (Liber amicorum a Jost Delbrück)*, Berlin 2005, página 69.

[187] Que los terroristas no se someten a las reglas del derecho de la guerra, no es un argumento contra la aplicación de un recurso análogo para los terroristas. "Die fundamentalen humanitären Prinzipien des Kriegsvölkerrechts sind repressalienfest" (*Bruha* [nota a pie de pagina 80], página 77).

[188] Incluso asesinatos selectivos, muertes buscadas fuera de los límites del derecho a la legítima defensa o al derecho de policía, frente a terroristas no deberían excluirse de antemano. Que la autorización para la comisión de *targeted killing* no debe llevar necesariamente a la renuncia de los principios fundamentales del Estado de Derecho, se ilustra palmariamente por la resolución del Tribunal Supremo israelí de 11 de diciembre de 2005 (nota a pie de pagina 107), en la que se aborda con ejemplar escrupulosidad argumentativa dentro de una elevada conciencia del problema; sobre esta resolución, *Ben-Naftali/Michaeli*, *American Journal of International Law* 101 (2007), 459.

[189] Así, *Doehring* (nota a pie de pagina 99), página 258.

[190] Art. 43 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977.

[191] *Friedersen/Petersen*, *NordÖR* 2005, 519.

[192] La corriente hoy en día dominante estima que el artículo 5 párrafo 1 c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales permite la adopción de la prisión preventiva solamente con fuertes limitaciones (muy cercano, en último término, *Friedersen/Petersen* [nota a pie de pagina 192], 517 y siguiente; *Walther*, *ZIS* 2007, 470 y siguientes). Con carácter general, el artículo 15 del Convenio Europeo para

la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales contempla la posibilidad de una derogación del artículo 5 párrafo 1 c) en ciertas condiciones, entre ellas, para el caso de guerra. Si se acepta que el terrorismo islámico transnacional se trata de una forma de conducir la guerra, es consecuente manifestar y fundamentar el régimen legal de su lucha ante las instancias internacionales de control de los derechos humanos en una declaración de derogación expresa como emergencia pública (de la misma manera, *Kreß* [nota a pie de pagina 98], página 402 y siguiente).

[193] Nos remitimos al artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

[194] El estatuto dudoso de prisionero de guerra debe determinarse por un Tribunal competente y hasta entonces al afectado debe tratarse como prisionero de guerra (Art. 5 párrafo 2 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre trato a prisioneros de guerra).

[195] Los combatientes que resultan responsables de haber quebrantado en la realización de operaciones militares el deber de hacerse externamente diferenciables de los civiles, pierden el estatuto de combatiente (*Bothe* [nota a pie de pagina 187], página 69; *Doehring* [nota a pie de pagina 99], página 258; *Stein/von Buttler* [nota a pie de pagina 99], página 484. Véase, también, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 317 US 1, 31: "El espía que secretamente y sin vestir uniforme atraviese las líneas militares de una parte beligerante con el propósito de reunir información militar y transmitírsela al enemigo, o un combatiente enemigo que atraviese secretamente la líneas con el propósito de llevar a cabo actos bélicos mediante la causación de daños materiales o pérdidas de vidas, son ejemplos clásicos de beligerantes que no tienen derecho a que se les reconozca la condición de prisioneros de guerra, aunque en cuanto transgresores de las leyes de la guerra están sujetos al enjuiciamiento y sanción por tribunales militares" [en inglés en el original]. A tales personas les corresponde el concepto de *unlawful combatant* (sobre el particular, detalladamente, *Dinstein*, Israel Yearbook on Human Rights 32 [2002], 247 y siguiente, así como *Wieczorek*, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht*, Berlin 2005, página 33 y siguientes, 54 y siguientes).

[196] EuGRZ 2004, 347.

[197] Son decisivas las resoluciones del Tribunal en *Rasul v. Bush*, *Al Odah v. United States*, 542 U.S. 466, y *Hamadi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507. –Una instructiva mirada sobre la lucha sobre la situación legal de los presos de Guantánamo la da *Stuckenberg*, JZ 2006, 1142 y siguientes– la restante legislación norteamericana como respuesta al 11 de septiembre, la tratan *Arzt*, en *Graulich/Simon* (Editor), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, páginas 241 y siguientes y *Thaman*, en *Gropp/Sinn* (Editor), *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen*, Baden-Baden 2006, páginas 431 y siguientes.

[198] BVerfGE 109, 133 y siguientes.

[199] BVerfGE 109, 133 (160) establece que el § 67d apartado 3 del StGB consagra una correspondencia regla-excepción, diciendo que dispone regularmente la ejecución y solamente autoriza con carácter excepcional, para el caso de una pronóstico de riesgo, la continuación del proceso de ejecución. –Sobre esto en la literatura científica: *LPK-Kindhäuser* (nota a pie de pagina 139), § 67 d marginal 7; *NK-Böllinger/Pollähne*, StGB, 2ª Edición, Baden-Baden 2005, volumen 1, § 66 marginal 125; *S/S-Stree*, StGB, 27ª Edición, Munich 2006, § 66 marginal 75, § 67 d marginal 13; *Müller-Metz*, StV 2003, 42, 48. –.

[200] *LPK-Kindhäuser* (nota a pie de pagina 139), § 66 Rn. 25; *Lackner/Kühl* (nota a pie de pagina 136), § 67d marginal 4; *S/S-Stree* (nota a pie de pagina 200), § 67 d marginal 6; *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Parte general), 11ª Edición, Berlin 2003, página 794.

[201] *Fischer*, en *Fleck* (Editor), *The Handbook of Law in Armed Conflicts*, Oxford/ New York 1999, página 281; *Waechter* (Nota a pie de pagina 108), 65 y siguiente.

[202] Un ejemplo se encuentra en la ordenanza reguladora de la insolvencia. En su § 97 párrafo 1 frase 2, la ordenanza reguladora de la insolvencia obliga al deudor expresamente a denunciar aquéllas conductas que puedan dar lugar a persecución por hecho delictivo o por acto contrario a la Ordenanza. En conexión con BVerfGE 56, 37 el § 97 párrafo 1 frase 3 de la Ordenanza sobre Insolvencia convierte una prohibición de explotación del deudor o sus parientes en una conducta sancionable con pena o multa administrativa.

[203] Esta norma encuentra aplicación respectiva en el campo del derecho del procedimiento administrativo (*Ramsauer*, *VwVfG*, 9ª Edición, Munich 2005, § 26 Rdnr. 10 y siguiente; *HK-VerwR/VwVfG-Schwarz*, Baden-Baden 2006, § 26 marginal 17).

[204] Con dudas, también *Isensee* (nota a pie de pagina 185), página 33 y siguiente y *Jakobs* (nota a pie de pagina 146), 849.

[205] FAZ de 8 de octubre de 2007, página 8, de 31 de octubre de 2007, página 7 y de 12 de diciembre de 2007, página 5.

[206] KK-*Boujong*, StPO, 5ª Edición, Munich 2003, § 136 a Rn. 19; LK-*Hanack*, StPO, 5ª Edición, Berlin 2004 (Stand der Bearbeitung: 1.9.1996), § 136 a Rn. 35; SK-*Rogall*, StPO, volumen 2, 14. Lfg. (Neuwied, Julio 1995), § 136 a Rn. 51.

[207] BGHSt 37, 48 (53).

[208] KK-*Boujong* (nota a pie de pagina 207), § 136 a marginal 32.

[209] KK-*Boujong* (nota a pie de pagina 207), § 136 a marginal 34.

[210] Próximo, *Waechter* (nota a pie de pagina 108), 66; *Doehring* (nota a pie de pagina 99), página 264; *Dinstein*, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3ª Edición, Oxford 2005, página 123 y siguientes; *Oeter*, en Fleck (Editor), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, Munich 1994, página 141.

[211] Detalles en *Pawlik*, JZ 2004, 1054.

[212] De la misma forma, *Kreß* (Nota a pie de pagina 98), S. 398, 400.

[213] Así, expertos de los servicios de información apuntan que, desde la pérdida de Afganistán como zona de descanso y como punto central para los campos de formación y entrenamiento, se ha producido una revaloración de las estructuras regionales de los mujahedines a nivel mundial, incluso dentro de Europa, así como una profesionalización progresiva de estos grupos (*Eisvogel*, en Graulich/Simon [Editor], *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 59).

[214] *Forndran* (nota a pie de pagina 72), páginas 255 y siguientes; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), páginas 150, 232; *Pankratz/Benczur-Juris*, en Schröfl/Pankratz/Micewski (Editor), *Aspekte der Asymmetrie*, Baden-Baden 2006, página 66; *Schneckener* (nota a pie de pagina 40), páginas 198 y siguientes; *Tomuschat* (nota a pie de pagina 54), 361; *Tophoven*, en Frank/Hirschmann (Editor), *Die weltweite Gefahr*, Berlin 2002, página 262.

[215] ZRP 2002, 499.

[216] Desde el punto de vista del derecho de policía, describen esta evolución, *Calliess*, DVBl 2003, 1096 y siguientes; *Horn*, en el mismo, (Editor), *Festschrift für Walter Schmitt Glaeser*, Berlin 2003, páginas 454 y siguientes; *Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen 2002, páginas 147 y siguientes; *Schoch*, *Staat* 43 (2004), 350 y siguientes; *Schulze-Fielitz*, en Horn (Editor), *Festschrift für Walter Schmitt Glaeser*, Berlin 2003, páginas 410 y siguientes; *Trute*, en Erbguth, entre otros, (Editor), *Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur*, Berlin 1999, páginas 403 y siguientes.

[217] Sobre el particular, *Calliess* (nota a pie de pagina 217), 1100; *Horn* (nota a pie de pagina 217), página 458; *Schoch* (nota a pie de pagina 217), página 355; *Schulze-Fielitz* (nota a pie de pagina 217), página 414; *Trute* (nota a pie de pagina 217), páginas 410 y siguientes.

[218] BVerfGE 115, 320 (364 y siguiente, 369).

[219] *Bausbach*, NJW 2006, 1923; *Schewe*, NVwZ 2007, 176; *Volkmann*, JZ 2006, 920; *el mismo.*, Jura 2007, 137.

[220] BVerfGE 115, 320 (360 y siguientes).

[221] Negándolo, *Bausbach* (nota a pie de pagina 220), 1922 y siguientes; *Hillgruber*, JZ 2007, 213 y siguiente; *Isensee* (nota a pie de pagina 185), página 40; *Kirchberg*, CR 2007, 13 y siguiente; *Volkmann* (nota a pie de pagina 220), 920; *el mismo* (nota a pie de pagina 220), 133 y siguientes.

[222] *Volkmann* (nota a pie de pagina 220), 920.

[223] BVerfGE 115, 320 (375 y siguiente).

[224] Acertadamente, *Münkler* (nota a pie de pagina 68), 750.

[225] Igualmente, *Depenheuer* (nota a pie de pagina 66), página 9 y siguiente; *Roellecke* (nota a pie de pagina 107), 269.

[226] *Micewski*, en Schröfl/Pankratz/Micewski (Editor), *Aspekte der Asymmetrie*, Baden-Baden 2006, página 19.

[227] Sin duda, no se excluyen del todo casos de víctimas mortales –piénsese por ejemplo en los daños colaterales en el marco de medidas adoptadas en un estado de emergencia conforme al § 20 párrafo 4 de la Constitución alemana o de medidas militares defensivas contra un adversario que ha penetrado en territorio federal (cercano a este punto de vista, *Pawlik* [nota a pie de pagina 212], 1052 y siguientes). Para la prevención de atentados terroristas, no puede, en principio, regir algo distinto; de lo contrario, los activistas podrían aprovecharse de los principios del Estado de Derecho que ellos han menospreciado, para arrebatarse a la comunidad agredida toda posibilidad de defensa o, incluso, de simple

mitigación y de esa forma, herir de manera especialmente dura a la población (igualmente, *Deppenheuer* [nota a pie de pagina 66], páginas 75 y siguientes; *Enders*, en Nitschke [Editor], *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?*, Bochum 2005, página 140 y siguiente; *Gramm*, DVBl 2006, 660; *Hase* [nota a pie de pagina 108], 218; *Isensee* [nota a pie de pagina 80], páginas 219 y siguientes). El Tribunal Constitucional Federal concibe en su resolución sobre la Ley de Seguridad Aérea, como factible, la existencia de un deber del ciudadano individual de sacrificar su vida, en todo caso, "cuando solamente de esa manera es posible, defender a la comunidad legalmente constituida de agresiones que tienen por objetivo su desmembración y destrucción". (BVerfGE 115, 118 [159]; sobre tal deber como principio fundamental, también, NJW 2005, 1400 f y siguiente; *Rettenmaier*, VR 2006, 113 y *Schenke*, NJW 2006, 738). No obstante, el Tribunal deja pendiente como se compatibiliza esto con la infracción de la dignidad humana en los casos de autorización para derribar recogida en el § 14 apartado 3 de la Ley de Seguridad Aérea, que se alegó ante el Tribunal en términos contundentes, (esto lo censuran también *Gramm*, obra citada, 658 e *Isensee* obra citada, página 224). Consecuente con la conclusión a la que se llega, la concepción del Tribunal Federal Constitucional conduce a una disociación de la dignidad humana dependiente de las premisas de la situación actual. De esta manera, "el Tribunal ha dado un importante paso hacia adelante en la relativización de las invocaciones sobre la dignidad humana, a la que, sin embargo, pretende seguir salvando". (*Gramm*, obra citada, 658). Las reflexiones del Tribunal Federal Constitucional son un ejemplo respecto a que dejar a un lado los problemas no conduce a nada, - porque afloran en cualquier otro lugar de nuevo y, la mayoría de las veces, con mucho peor aspecto.

[228] *Fischer*, Merkur 61 (2007), 898 y siguientes.

[229] De forma ejemplificativa sobre semejante postura, *Jahn* (nota a pie de pagina 165), página 204 y siguiente.

[230] De forma ejemplar, *Albrecht* (nota a pie de pagina 165), 852 ("la aniquilación del derecho penal propio del Estado de Derecho está próximo"); *Düx* (nota a pie de pagina 165), 189 ("Desde hace casi 25 años tiene lugar en Alemania un proceso de desintegración sistemático de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados [...]"); *Hetzer* (nota a pie de pagina 83), 134 ("La erosión de la presunción de libertad parece imparable. [...] Se aproxima una devaluación general del Derecho").

[231] Citado según: FAZ de 19 de noviembre de 2007, página 33.

[232] Incisivamente, *Isensee*, en Brugger/Haverkate (Editor), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart 2002, página 70: "De la misma forma que la persona da fe de su moralidad, cuando es consciente de la situación límite de que tiene que morir, el Estado Constitucional salva su *telos* humano y su forma jurídica, reconociendo y aceptando como posible la situación excepcional de no concederle ninguna autoridad y soberanía sobre su libre albedrío".

Imprimir

Circunstancia. Año VI - N° 16 - Mayo 2008

Ensayos

LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL DERECHO INGLÉS

Juan Delgado

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

I. Legislación reguladora de las formas de participación en Derecho inglés.

La base legislativa se encuentra en el artículo 8 de la Ley sobre partícipes del año 1861 (*Accessories and Abettors Act*)^[1], relativa a la conducta de quienes participasen en la ejecución de una infracción penal enjuiciable previo escrito de acusación^[2] (*Indictable Offence*) sea antes o durante la misma, pero en ningún caso con posterioridad, siendo similar el contenido del artículo 44.1 y 2 de la Ley sobre Tribunales de Magistrados de 1980 (*Magistrates' Courts Act*)^[3], atinente a la punición de las formas de participación en las infracciones perseguibles sumariamente o por cualquiera de las vías procesales citadas.

Con independencia del tipo de infracción penal de que se trate, la conducta punible es la misma: ayudar (*aid*), instigar o animar (*abet*), aconsejar (*counsel*) o procurar (*procure*).

En el asunto "Attorney General's reference (No. 1 of 1975), 2 All ER 684, Lord Widgery, indicó que los términos utilizados por el legislador debían de ser interpretados conforme a su sentido ordinario. A este respecto procede indicar que son tres los métodos de interpretación de las normas escritas (*Statutory Law*) utilizados históricamente en Derecho inglés. A principios del siglo XX, la mayoría de los jueces ingleses, si hubiesen sido interrogados sobre la forma en que habrían de interpretarse las normas escritas, hubieran afirmado que seguirían el método de la interpretación literal incluso a pesar de que el resultado obtenido no fuese el deseable desde una perspectiva de justicia material^[4]. Para resolver los problemas que planteaba esta regla de interpretación, los tribunales desarrollaron la denominada "regla dorada" según la cual cuando la aplicación literal de la ley condujese a resultados manifiestamente absurdos, los jueces debían de adaptar el lenguaje utilizado por el legislador con el fin de llegar a una solución adecuada.

El problema que plantean ambas reglas de interpretación es que parten de la premisa según la cual las palabras tienen un sentido unívoco.

En los últimos años se ha desarrollado una tendencia hacia una interpretación teleológica de la ley, tomando como criterio el propósito del legislador o el criterio de política criminal que guiaba al legislador al redactar la norma. Si bien esta tendencia tiene precedentes ya en el año 1854, su aplicación en perjuicio de las otras dos reglas se consolidó en la década de los 90 del siglo XX, resumiéndose su contenido en la sentencia "Pepper v. Hart" (1993, Lord Griffith). Un buen ejemplo de aplicación del método teleológico se encuentra en la sentencia "R v. Smith" (2001), en la que la Cámara de los Lores fue requerida para que interpretase los preceptos de la Ley sobre Justicia Penal del año 1988 (*Criminal Justice Act*) relativos a la incautación de los beneficios derivados de la comisión de la infracción penal. El acusado fue condenado por contrabando de tabaco tras haber sido interceptado en la aduana y confiscada la mercancía. El órgano enjuiciador acordó el comiso de la mercancía por valor de los impuestos impagados sobre los cigarrillos. El acusado recurrió la sentencia alegando que la redacción de la ley solamente permitía su aplicación cuando el infractor se hubiese beneficiado como consecuencia de la comisión de una infracción penal "mediante la obtención de una ventaja pecuniaria". El Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) sostuvo que partiendo de la base de que los cigarrillos habían sido confiscados, no se había obtenido beneficio alguno. Finalmente, la Cámara de los Lores (*House of Lords*) discrepó de la interpretación del término "ventaja pecuniaria" realizada por el Tribunal de Apelación y afirmó que "el sentido ordinario y natural de los términos 'ventaja pecuniaria' seguramente ha de incluir el supuesto en el que se produce la evasión o la posposición del pago de una deuda". En este orden de ideas, Lord Rodger especificó que "de seguir la interpretación del Tribunal de Apelación, ello bastaría para convertir en inefectivas las normas relativas a la confiscación de los beneficios derivados de la comisión de la infracción penal. La decisión del Tribunal de Apelación supondría afirmar que a los efectos del artículo 71.5 de la Criminal Act, los imputados no obtendrían beneficio alguno de la evasión impositiva y no cabría acordar orden alguna de confiscación".

Las consecuencias de ser castigado como partícipe en la comisión de una infracción penal en Derecho inglés es que la pena a imponerle es la misma que la correspondiente al autor, sobre todo en delitos de asesinato, si bien en otros tipos penales el órgano enjuiciador dispone de la capacidad de atenuar la pena al partícipe de resultar procedente.

II. El elemento objetivo de las formas de participación en Derecho inglés (*Actus Reus*).

a) Ayudar (*aid*): normalmente se refiere a la ayuda material, como por ejemplo aportar los instrumentos para la ejecución de la infracción penal. Basta cualquier tipo de asistencia aportada con anterioridad a la comisión de la infracción penal.

El sentido ordinario de la palabra "ayudar" no implica que deba existir una relación causal "sine qua non" para la comisión de la infracción penal por el autor, esto es, si A ayuda a B a cometer el delito el hecho de que B lo hubiese cometido incluso sin ayuda no excluye la responsabilidad penal de A como parte secundaria.

Tampoco es necesario que la ayuda fuese buscada por el autor o que éste fuese consciente de la realidad de la

misma (si A es conocedor de que B está planeando disparar a C y sin saberlo B se asegura de que el arma con el que se va a disparar se encuentra en condiciones adecuadas de uso, le estaría ayudando a la comisión del delito, y por tanto, sería responsable como partícipe).

Sin embargo, ha de existir una conexión entre la ayuda y la comisión de la infracción penal, tratándose de una cuestión fáctica a resolver por el jurado.

b) Instigar, animar o aconsejar (*Abetting and Aiding*): Ambas expresiones son similares en cuanto a su contenido y engloban las conductas consistentes en proponer, incitar, animar, instigar o aconsejar a un tercero la comisión de una infracción penal.

En este caso, la proposición o la instigación del partícipe ha de ser conocida por el autor pero, al igual que ocurría anteriormente, no es precisa una relación de causalidad "sine qua non" con la comisión del delito. Por ejemplo, en la sentencia "Calhaem" (1985), A había pagado a B para que matase a C, que estaba manteniendo un romance con el abogado de A, estando A enamorado de C. B, armado con un martillo, un cuchillo y una escopeta de cañones recortados, fue a la casa de C pero declaró que en ese momento ya no tenía intención de ejecutar el plan previsto. Sin embargo, alegó, C gritó, lo que le sacó de sus casillas, golpeándole en varias ocasiones con el martillo y matándola. B fue condenado como partícipe de un asesinato y apeló argumentando que aconsejar requiere una conexión causal entre los actos de un partícipe y la comisión de la infracción penal. La sentencia de instancia fue confirmada con los siguientes argumentos (Lord Parker): "No es posible interpretar la palabra 'counsel' en el sentido de que haya de existir una conexión causal entre dicha acción y el delito. Es cierto que, a diferencia de la infracción penal de proposición (*incitement*) en el *Common Law*, el delito en sí ha de haber sido cometido y por la persona aconsejada. Por tanto, debe haber existido contacto entre las partes y ejecución entre el consejo y el asesinato. De igual manera, el acto realizado debe haberlo sido en el ámbito del consejo aportado y no accidentalmente, esto es, sin conexión entre la *mens rea* del autor y la acción cometida".

En el asunto "Giannetto" (1997), el Tribunal de Apelación sostuvo que el hecho de que el autor hubiese ya decidido cometer el delito no exime de responsabilidad penal al cómplice, bastando para que exista dicha participación secundaria el hecho de instigar de cualquier forma al autor. Un ejemplo práctico: Alfredo pagó a Jorge para que matara a Pedro. Jorge nunca había visto a Pedro por lo que Alfredo le indicó donde vivía. De camino hacia la casa de Pedro, Jorge decidió parar un momento para echar un trago en un bar y una vez en su interior inició una discusión con un cliente, en el curso de la cual sacó una navaja y le mató, resultando la víctima ser Pedro. Jorge es condenado como autor de un delito de asesinato. ¿Cabría condenar como partícipe a Alfredo?

c) Procurar (*Procure*) hacer diligencias o esfuerzos para que se pueda ejecutar la acción planeada: Se define en el asunto "Attorney General's reference (No. 1 of 1975)" como "planear un objetivo y tomar las medidas adecuadas para su realización". Los hechos consisten en la conducta de A, el cual, sin saberlo B, mezcló alcohol en su bebida y, como consecuencia de ello, fue condenado como partícipe en un delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas.

Para esta forma de responsabilidad secundaria, no es necesario que haya existido contacto previo entre las partes, pudiendo existir en los supuestos de delitos de responsabilidad objetiva, en los que no es preciso "mens rea" de ningún tipo para la comisión de la infracción penal.

III. Una reflexión final.

En opinión de ASWORTH^[5], resulta evidente que las normas inglesas relativas a la participación en el delito están repletas de incertidumbre y conflictos debido a la falta de coherencia de la jurisprudencia como consecuencia del carácter oportunista de las decisiones adoptadas. Con independencia de ello, lo cierto es que desde una perspectiva comparativa con las legislación y jurisprudencia española sobre la cuestión, se observa una similitud entre los problemas que plantea la cuestión objeto de estudio y las soluciones jurisprudenciales aportadas en Inglaterra, Gales y España, lo que refleja la existencia de un trasfondo común entre los sistemas jurídicos continental y anglosajón pese a las diferencias obviamente subsistentes entre ambos.

[1] *Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure the commission of any indictable offence, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender.*

[2] En Derecho inglés se distingue entre las que podríamos denominar "infracciones penales enjuiciables previo escrito de acusación o graves" (*Indictable offences*), castigadas con pena de prisión superior a 1 año o de multa superior a 5000 libras y que son enjuiciadas por jurados en los Tribunales de la Corona (*Crown Court*); las "infracciones penales enjuiciables sumariamente o de carácter menos grave" (*Summary offences*), castigadas con penas privativas de libertad y pecuniarias inferiores a 1 año de prisión o 5000 libras respectivamente, siendo el órgano encargado de su enjuiciamiento el Tribunal de Magistrados (*Magistrates' Courts*) y las infracciones penales perseguibles por dos vías procesales diferentes (*Either way offences*), enjuiciables por cualquiera de dichos órganos judiciales dependiendo de diversos criterios.

[3] (1) *A person who aids, abets, counsels or procures the commission by another person of a summary offence shall be guilty of the like offence and may be tried (whether or not he is charged as a principal) either by a court having jurisdiction to try that other person or by a court having by virtue of his own offence jurisdiction to try him.*

(2) *Any offence consisting in aiding, abetting, counselling or procuring the commission of an offence triable either way (other than an offence listed in Schedule 1 to this Act) shall by virtue of this subsection be triable either way.*

[4] En este orden de ideas, Lord Chancellor Simonds se expresó del siguiente modo en 1951 "la afirmación según la cual la tarea de los Tribunales es la de descubrir la intención del Parlamento y los Ministros no puede ser apoyada; el deber de los tribunales es el de interpretar las palabras que ha utilizado el legislador y aunque resulten ambiguas, la capacidad de los tribunales de viajar fuera de las mismas para descubrir su sentido se encuentra estrictamente limitada.

[5] *Principles of Criminal Law*, 5th edition, Oxford University Press, 2006.

Imprimir

Circunstancia. Año VI - N° 16 - Mayo 2008

Ensayos

DISCUSIÓN SOBRE LAS MEDIDAS A ADOPTAR EN FUNCIÓN DE LA PELIGROSIDAD DEL AUTOR

Miguel Ángel Encinar del Pozo

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

El instrumento tradicional de reacción frente al delito ha sido la pena. Con fundamento en las ideas de la Escuela Clásica sólo con ella era lícito y posible reaccionar en contra del delito. Esta Escuela sostenía la denominada teoría absoluta de la pena, en virtud de la cual su fundamento ha de encontrarse en el delito cometido: se impone porque se ha cometido un delito y frente al delito, que es un mal, se reacciona con otro mal, que es la pena [1].

La principal consecuencia de esta consideración de la pena es que, en ningún caso, debe perseguir fines útiles de prevención del delito, ya que de ser así se vulneraría la dignidad humana. Primero, porque aplicando penas al que ha delinquido para que no vuelva a hacerlo, vendría a tratarse al hombre de la misma forma que se trata a un animal. Y, segundo, porque aplicando penas al que ha delinquido para que no delinca los demás, se sacrificaría al individuo en favor de la generalidad.

Anudada a esta concepción de la pena se halla el sistema monista, que considera que la única consecuencia jurídica del delito es la pena. Es decir, no existía propiamente un Derecho penal de la peligrosidad. Ello conducía a una ampliación de los supuestos en los que se apreciaba la existencia de culpabilidad; y en aquellos casos en que se apreciaba la ausencia de la misma o bien la concurrencia de peligrosidad criminal, las soluciones adoptadas solían quedar al margen de Derecho penal [2].

Sin embargo, a finales del siglo XIX aparece la Escuela Positiva, que sostiene no una teoría absoluta sino una teoría relativa de la pena. Considera que la legitimación de la pena se encuentra en las finalidades que pueden obtenerse con su imposición. La pena no se justifica por sí misma, sino que se justifica por un elemento externo a ella: la obtención de un fin útil, que es la prevención de delitos futuros. Ya no se trata de buscar con la pena la justicia, como valor absoluto, sino de admitir que con ella se obtienen y persiguen fines relativos: la protección de la sociedad evitando la criminalidad [3].

Pues bien, a consecuencia de los postulados de la Escuela Positiva, se observa que la pena no es, o no puede ser, la única reacción frente al delito, sino que también es necesario la introducción de otras consecuencias jurídicas, como es el caso de las medidas de seguridad. Nos movemos ya en un sistema dualista al hablar de consecuencias del delito: cabe distinguir entre la pena y la medida de seguridad. Es decir, frente al monismo de las teorías absolutas, que abogan por la utilización exclusiva de la pena, se impone un sistema dualista, en el que se contemplan penas y medidas de seguridad, como las dos reacciones estatales frente al delito. Este sistema doble es consecuencia de una política criminal que pretende, a la vez, reprimir el hecho punible cometido y evitar, en lo posible, su repetición. Éste será el sistema seguido por la gran mayoría de los Derechos penales continentales europeos [4].

En estos casos lo que justifica, a la par, la insuficiencia de la pena y el recurso a las medidas de seguridad es el mismo elemento: la peligrosidad, entendida ésta como la probabilidad de cometer delitos futuros. En un sistema dualista, las penas se basan en la culpabilidad, mientras que las medidas de seguridad prescinden de ella y se fundamentan en la peligrosidad del autor. Así, las penas miran al pasado, al hecho cometido, mientras que las medidas miran al futuro, se establecen sobre la base de un pronóstico de peligrosidad y se mantienen en función de los resultados que su desarrollo proporcione respecto al individuo sometido a las mismas [5].

Por ello, este sistema dualista o de doble vía, concibe dos instrumentos diferenciados frente al delito [6]:

a) La pena. Se concibe como un castigo fundamentado en la culpabilidad del autor. Su esencia es retributiva, pero también está orientada hacia fines de prevención general y prevención especial.

b) La medida de seguridad. Se configura como una privación de bienes jurídicos fundamentada en la peligrosidad del autor. Su esencia es preventiva y está orientada hacia fines de prevención especial.

Por tanto, cabe distinguir tres situaciones personales para las que la aplicación exclusiva de la pena no es plenamente satisfactoria:

a) Personas que no son autoras de un delito pero sí son peligrosas (porque existe una alta probabilidad de que lo cometan). Podemos hablar de «sujetos no autores y peligrosos».

b) Personas que son autoras de un delito, aunque de forma no culpable, y son peligrosas (lo que ha quedado demostrado porque han cometido un delito). Podemos hablar de «autores no culpables y peligrosos».

c) Personas que son autoras de un delito y no sólo son plenamente culpables, sino, además, peligrosas (porque han cometido un delito y existe la alta probabilidad de que vuelvan a seguir cometiéndolo). En este caso se trata de «autores culpables y peligrosos».

Para hacer frente a estas situaciones se diseñan las medidas de seguridad. Ahora bien, si la peligrosidad es un elemento común a todas las medidas de seguridad, dependiendo del momento en que se aprecie, tendremos dos clases de medidas de seguridad. Si la peligrosidad se aprecia en un momento anterior a la comisión de un delito y

para apreciarla se tienen en cuenta factores distintos de los derivados de tal comisión, la medida de seguridad será de carácter predelictual. Si el juicio de peligrosidad se efectúa después de la comisión de un hecho punible, teniendo en cuenta las circunstancias (personales y del hecho) derivadas de la misma, la medida de seguridad será postdelictual.

En conclusión, y combinando ambas magnitudes, tenemos el siguiente resultado:

- a) A los «sujetos no autores y peligrosos», se les aplicarían las medidas de seguridad predelictuales.
- b) A los «autores no culpables y peligrosos», se les aplicarían las medidas de seguridad postdelictuales.
- c) A los «autores culpables y peligrosos», se les aplicarían medidas de seguridad postpenales (que, por tanto, también son postdelictuales).

Veamos, brevemente, los rasgos principales de cada tipo de medidas.

Las medidas de seguridad predelictuales no son aceptables en un Estado de Derecho. Son contrarias al principio de legalidad, al tratarse de consecuencias sancionatorias impuestas sin previa comisión de una infracción penal. Y se basan en un concepto de «peligrosidad social», esto es, se imponen a la persona que es proclive a cometer acciones socialmente dañosas y con la idea de evitar conductas antisociales o asociales^[7].

Las medidas de seguridad postdelictuales se imponen después de la comisión de una infracción penal. La peligrosidad deriva de un juicio sobre las mismas circunstancias del hecho ilícito y de la persona de su autor. Éstas son las medidas de seguridad recogidas en nuestro ordenamiento, y reguladas en los artículos 95 y siguientes del Código Penal, para aquellos sujetos que cometen una infracción penal y carecen de plena capacidad de culpabilidad (son inimputables o semiimputables).

Según artículo 6.2 del Código Penal, estas medidas no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. La doctrina ha puesto de manifiesto que esta disposición es exponente de una falsa relación entre penas y medidas, pues las medidas y las penas no están en una relación de mayor a menor gravedad: las medidas no son penas atenuadas, por el contrario, son consecuencias jurídicas orientadas a fines diversos de las penas^[8].

Por otra parte, es posible que, en el caso de personas semiimputables, confluyan una pena y una medida de seguridad. Si ello es así, rige el denominado «sistema vicarial», en virtud del cual primero ha procederse al cumplimiento de la medida de seguridad y después al cumplimiento de la pena; y en función de cual sea el resultado de la medida de seguridad, se puede optar o no por mantener el cumplimiento de la pena. En este sentido, el artículo 99 del Código Penal establece dos reglas:

- 1) En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena.
- 2) Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma.

Esta decisión del legislador plantea una cuestión referida a los supuestos en los que se observa que el cumplimiento de la medida tendría mayores efectos no antes del cumplimiento de la pena sino después de ella. En este sentido, BACIGALUPO^[9] relaciona esta cuestión con el hecho de que el tratamiento de la peligrosidad de los sujetos reincidentes en nuestro Derecho sólo dé lugar a una agravación de la pena: la imposición de una pena agravada (que es la opción de Código Penal español) presenta inconvenientes y este autor habla de la ineficacia de sancionar estas reincidencias (especialmente en los delitos sexuales) con penas agravadas, pues difícilmente la pena agravada puede cubrir todas las necesidades preventivas que en estos autores, por regla general, se extienden más allá del tiempo que dura la pena. Por eso, entiende que puede ser necesario (al menos, en los casos de semiimputables) que la medida sea ejecutada después de la ejecución de la pena, si no se quiere frustrar completamente su función preventivo especial. Añade que es indudable que si la medida debe operar previniendo la repetición de los hechos -lo que quiere decir también protegiendo a las víctimas potenciales de una tendencia interna del autor, que éste no puede controlar- su ejecución debe ser reservada para el momento en el que el condenado puede repetir los mismos.

Ello nos permite introducir la siguiente cuestión a desarrollar: las medidas de seguridad que se establecen en función de la peligrosidad del sujeto pero cuyo cumplimiento no es anterior al cumplimiento de la pena sino que es posterior a ella. Por eso, son medidas postdelictuales pero, además, son medidas postpenales.

Las medidas de seguridad postpenales son medidas que se imponen además de la pena. Se basan, como el resto de medidas de seguridad, en la peligrosidad del sujeto. Peligrosidad que ha quedado acreditada por la previa comisión de un hecho punible. Por tanto, su fundamento es el mismo que las medidas de seguridad postdelictuales. Sin embargo, presentan en relación con éstas una serie de características especiales.

La primera, es que se dirigen hacia fines de prevención especial de un sujeto que no tiene por qué ser necesariamente un sujeto sin plena capacidad de culpabilidad. Es decir, se pueden aplicar a aquellas personas que cometen un hecho con plena capacidad de culpabilidad, pero que se consideran peligrosas por su tendencia o propensión a la comisión de delitos.

La segunda característica especial de este tipo de medidas es que se aplican después del cumplimiento de la pena. Por tanto, al sujeto se le impone una pena (proporcional a su culpabilidad) y después de haber cumplido la misma se procede al cumplimiento de la medida de seguridad (dirigida a eliminar su peligrosidad). Si la pena es el castigo por el hecho o hechos cometidos, la medida de seguridad es el elemento preventivo de la comisión de nuevos hechos, y, por tanto, debe ser cumplida en el momento en que esos hechos pueden ser repetidos, esto es, después de haber cumplido la pena. Y ello porque se entiende que el sujeto tiene tendencia o propensión a

cometer nuevos hechos después de haber cometido otros anteriores o de haber cumplido penas por la comisión de otros hechos anteriores.

Estas medidas de seguridad no existen en nuestro ordenamiento. Ya hemos dicho que las medidas de seguridad que recoge nuestro Código Penal son medidas de seguridad después de la comisión de un hecho ilícito, pero que se cumplen antes o, incluso, en sustitución total o parcial, de la pena. En ningún caso se recoge la posibilidad de, una vez cumplida la pena, ejecutar una medida de seguridad.

Ahora bien, estas medidas sí existen en otros ordenamientos. Así, el Código Penal francés recoge la posibilidad de someter al penado a un «control socio-judicial» posterior al cumplimiento de la pena y cuya duración es variable. Ese control conlleva la adopción de un tratamiento del sujeto y puede suponer la aplicación de medidas de alejamiento o la prohibición de no desempeñar determinadas profesiones[10]. O el Código Penal italiano define la habitualidad, la profesionalidad y el concepto de delincuente por tendencia, estableciendo la posibilidad de imponer medidas de seguridad[11].

Quizás el supuesto más paradigmático de este tipo de medidas sea el de la llamada «custodia de seguridad», que recoge el ordenamiento penal alemán (parágrafos 66 y ss StGB).

La custodia de seguridad es una medida de seguridad privativa de libertad, que se cumple después de la pena y no antes de ella. Consiste en una privación de libertad del sometido a la medida, indicando el artículo 129 de la Ley Penitenciaria alemana que el sujeto debe ser custodiado para proteger a la colectividad, si bien añade que durante ella se le debe ayudar a incorporarse a la vida en libertad [12].

Su duración es, en principio, de 10 años. Si bien no es un plazo máximo o definitivo, ya que cabe suspender la medida antes de que transcurran 10 años, cuando es de esperar que el interno no cometa más hechos antijurídicos fuera de la ejecución de la medida; mantenerla por el plazo de 10 años; o, incluso, acordarla por un plazo superior a 10 años, cuando se comprueba que el pronóstico de comportamiento en libertad es desfavorable.

En este caso, el Tribunal Constitucional alemán ha legitimado la «indeterminación» del plazo máximo de duración de la custodia, pero bajo la exigencia expresa de que se revise la situación periódicamente (Sentencia de fecha 5 de febrero de 2004).

En nuestro ordenamiento, no contamos con medidas de seguridad postpenales. En el momento actual, contamos con un Código Penal que establece un límite de hasta 40 años de prisión de cumplimiento efectivo, tras la reforma por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Y no existen medidas de seguridad posteriores al cumplimiento de la pena. Tampoco existen medidas de seguridad específicamente dirigidas a determinados delincuentes, como puede ser los de tendencia, por convicción o delincuentes sexuales especialmente peligrosos, ni medidas específicas de tratamiento más allá de las propias del tratamiento penitenciario; en concreto, no existen medidas de tratamiento obligatorio para la fase de libertad condicional ni tampoco para el momento posterior al licenciamiento definitivo del penado[13].

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[14], recoge algunas posibilidades en esta materia, como es el caso del artículo 94.3, reglas 3ª, 4ª y 5ª, que dicen lo siguiente:

«Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal y las demás partes, les impondrán, en sentencia, alguna de las siguientes medidas: (...)

3.ª El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años.

4.ª Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años.

5.ª Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código».

Como vemos, habla de imponer medidas en la sentencia. Y se refiere a la imposición de consecuencias después de cumplida la condena en el caso de la libertad vigilada y en el de la expulsión del territorio nacional. Ahora bien, realmente, sólo la libertad vigilada es una consecuencia que se configura como un medio de vigilancia de la conducta del penado posterior al cumplimiento. Además, no se define como medida de seguridad sino como pena. Así, la libertad vigilada se introduce en el Proyecto, con la naturaleza de pena privativa de derechos; obliga al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización (artículo 48.4 del Código Penal) y el Juez o Tribunal podrá acordar que el control de la medida se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan (artículo 48.5 del Código Penal).

El desarrollo judicial, político y social de supuestos sobradamente conocidos y que han sido objeto, algunos de ellos, de resolución por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, han puesto de manifiesto, a nuestro juicio, una cuestión que subyace en nuestro ordenamiento. Y no es otra que el problema que existe para dar una respuesta proporcional a la actuación de sujetos que cometen, con cierta habitualidad, delitos de gravedad y que carecen de cualquier atisbo de arrepentimiento e intención de reinserción y rehabilitación social.

La procedencia de acudir a otros mecanismos distintos de los ya existentes es una posibilidad que debe ser planteada. La doctrina ha puesto de manifiesto esta circunstancia razonando que una vez abolida (afortunadamente, sin duda) la pena de muerte, no se ha creado ningún nuevo resorte jurídico penal para responder eficazmente frente a este tipo de conductas[15]. Y se ha añadido que ello ha llevado, primero al legislador y luego al Tribunal Supremo, a buscar soluciones *ad hoc* para salir al paso de la clamorosa falta de previsión legislativa en relación a un problema central de política criminal, cuál es el del tratamiento sancionatorio adecuado del delincuente habitual peligroso de criminalidad media y grave, categoría a la que se adscriben también los miembros de las organizaciones terroristas[16].

Por su parte, SANZ MORÁN[17] sostiene que la respuesta penal frente a la criminalidad habitual violenta de carácter grave es absolutamente deficitaria. Frente a esta clase de delincuentes, la pena se muestra como un

mecanismo insuficiente, pues la reinserción del «delincuente por convicción» no es frecuente y, sin embargo, persiste en ellos una alta peligrosidad que hace deseable la complementación de la respuesta penal con el recurso a medidas de seguridad. A diferencia, sin embargo, de lo que sucede con la prisión perpetua o con la exigencia de cumplimiento íntegro de las penas, este debate en torno a la articulación de una respuesta al terrorismo (que es el fenómeno delictivo al que se refiere el autor) por la vía de las medidas de seguridad apenas se ha suscitado entre nosotros.

SILVA SÁNCHEZ[18] se pregunta si en el ámbito de los delincuentes imputables la consideración de la peligrosidad carece de todo sentido, es decir, si la estricta medida de la culpabilidad por el hecho define el límite de cualquier intervención restrictiva de derechos (penal o extrapenal) sobre el sujeto. Y, a continuación, razona que el alejamiento de la legislación española actualmente vigente de cualquier consideración como la reseñada no debe conducir a engaño, ya que existen indicios significativos de que la sociedad no comparte la tesis de que la culpabilidad por el hecho ha de definir la frontera absoluta de distribución de riesgos entre individuo y sociedad; esto es, la tesis de que, cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad debe asumir siempre todo el riesgo de un delito futuro cometido por el sujeto imputable.

A nuestro parecer, la instauración de medidas de seguridad postpenales es una posibilidad cuya incorporación a nuestro ordenamiento debería debatirse seriamente. Si bien el debate que debe, necesariamente, preceder a su instauración ha de realizarse lejos de supuestos delictivos puntuales y concretos.

El reto que se nos plantea es el de hallar un criterio válido que discrimine cuáles son los casos en los que la colectividad ha de asumir el riesgo de reiteración delictiva y cuáles son los casos en los que debe hacerlo la persona autora. En este segundo supuesto, además, habrá que determinar cuándo ha llegado el momento de que se produzca la transferencia de ese riesgo a la colectividad. Es decir, ha de conseguirse una distribución racional y equilibrada, entre la sociedad y el autor, de las consecuencias que puede suponer el peligro de comisión de nuevos delitos. En la mayoría de los casos el riesgo deberá ser siempre asumido por la sociedad, pero en otros y durante un lapso temporal determinado las consecuencias de ese peligro deberían ser asumidas por la persona autora. Transcurrido tal período de tiempo será la colectividad la que esté dispuesta a ello o bien, de cualquier modo, tendrá que hacerlo.

[1] Sobre el fundamento de la pena, su evolución y relación con las medidas de seguridad, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Las consecuencias jurídicas del delito*, Gaceta Jurídica, S. A., Lima (Perú), 2004, pág. 28.

[2] Sobre esta cuestión, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 23.

[3] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho Penal...*, Tomo III, ob. cit., pág. 40.

[4] Sobre esta materia, véase BACIGALUPO, E., en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director) y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coordinador), *Comentarios al Código Penal, Tomo I (Arts. 1 al 108)*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 37.

[5] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho Penal...*, Tomo III, ob. cit., págs. 70 y 71.

[6] ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 138 y 139.

[7] Véase JIMÉNEZ VILLAREJO, J., en *Comentarios al Código Penal...*, Tomo I, ob. cit., pág. 714.

[8] BACIGALUPO, E., en *Comentarios al Código Penal...*, Tomo I, ob. cit., pág. 38.

[9] BACIGALUPO, E., en *Comentarios al Código Penal...*, Tomo I, ob. cit., pág. 40.

[10] Así lo establece el artículo 131-36 Code Pénal después de la reforma por la Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs (disponible en <http://www.droit.org/jo/19980618/JUSX9700090L.html>, consulta en junio 2007).

[11] Artículos 102 a 109 Codice Penale (disponible en <http://www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp.htm>, consulta en junio 2007).

[12] Sobre la regulación en Alemania de esta figura, véase CANO PAÑOS, M. A., «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho Penal alemán», *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª época, Cesej, n° 91, 2007.

[13] Sobre esta cuestión, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en ARROYO ZAPATERO, L. Y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Directores), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, Volumen I*, Cuenca, 2001, pág. 705 y nota n° 31.

[14] BOCG de 15 de enero de 2007.

[15] ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C., «La "nueva" refundición o acumulación de condenas: el olvido lamentable del principio de legalidad», *Cuadernos de Política Criminal*, Cesej, n° 86, 2006, pág. 150.

[16] SANZ MORÁN, A. J., «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 197/2006, de 28 de febrero)», *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, n° 18, mayo 2006, págs. 42 y 43.

[17] SANZ MORÁN, A. J., «Consideraciones al proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 15, 2001, pág. 212.

Resumen:

El siguiente trabajo versa sobre un tema de evidente actualidad, como es el de las medidas a adoptar para tratar la peligrosidad del autor de un delito. La cuestión se inicia con una breve descripción de la relación entre el fundamento de la pena y de las medidas de seguridad, así como de las clases de medidas de seguridad. A continuación, se reflexiona sobre la situación del panorama legislativo actual y la necesidad de debatir cuáles son los mecanismos adecuados para avanzar en el ámbito del tratamiento de la peligrosidad.

Palabras clave:

.

[Volver](#)

Abstract:

.

[Volver](#)

Keywords:

.

[Volver](#)

Circunstancia. Año VI - N^o 16 - Mayo 2008

Ensayos

IDEAS PARA UN ESTUDIO ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA PENA DESDE UNA FILOSOFÍA "NIHILISTA"

Virio Guido Stipa

[Resumen-Palabras clave / Abstract-Keywords](#)

Percibido casi como en una suerte de inquietante e inevitable, y aun así dulce naufragio [1] de convicciones, el pensamiento occidental vive desde hace más de siglo y medio una irremediable conciencia de su propio "nihilismo". Una palabra usada -y a veces abusada- que sólo raramente se refiere o pertenece al discurso puramente técnico filosófico, y en la mayoría de los casos indica o describe tratos considerados solo coloquial y confusamente comunes a situaciones, fenómenos o ámbitos disparatados. Un impalpable carácter borrosamente percibido como propio de nuestro estado actual del pensamiento, especie de extraña "enfermedad" de la sociedad y de las -o, explícitamente, sólo de algunas- mentes, peligro, que en ámbito artístico puede manifestarse en movimientos vanguardistas así como en obras puntuales y extenderse a todo tipo de manifestación: literarias, musicales, cinematográficas, figurativas, de todo origen geográfico y ámbito social (tendencias juveniles o no, tanto masivas como elitistas) [2].

Son notos los ascendentes que sacan a la luz esta especie de "crisis del pensamiento occidental" con los primordiales empleos de la palabra "nihilismo" y el desarrollo de los relativos conceptos, en la literatura rusa de 1800 [3], en donde prima la obra de Fiódor Dostoyevski, *Crimen y castigo*, con sus poderosas intuiciones no desconocidas por Nietzsche [4]. Desde entonces, y se me perdone la necesaria brevedad y las excesivas omisiones, es justo Nietzsche quien mayormente contribuye al desarrollo de este concepto, además usándolo en su obra en varias acepciones. Más recientemente la famosa "crisis" del pensamiento occidental ha sido objeto de innumerables estudios y análisis y también de tentativos de superación (Cfr. por ejemplo Volpi Pág. 169 ss. [5]). La lectura hoy más rigurosa, completa y sugerente ve en el nihilismo incluso la característica omnipresente y constante del entero pensamiento occidental desde Grecia antigua hasta nuestros días. El pensamiento occidental en toda su extensión se caracteriza por una fe absoluta en "el devenir", ya desde los filósofos más antiguos, las cosas (los seres, lo "que es", "tò ón") se piensan salir de la nada y a la nada retornar, esto es asumido como una evidencia originaria de la que no es posible dudar, pero que implica, en el fondo, una identidad entre el ser y la nada [6], el "nihil". El ser humano, de todos modos, vive con miedo y angustia este implícito enfrentamiento al abismo de la nada, y crea una serie de "distracciones" que posibiliten una espera mas despreocupada del aniquilamiento, y se producen, "velos", "mascaras", "mentiras" (creencias, certezas, estructuras, valores, religiones, etc.). Si bien, "necesario a la vida es el error sobre la vida", para evitar de mirar cara a cara el vacío absoluto, el abismo misteriosamente espantoso [7] en donde está suspendida, sin sentido alguno, la existencia, y para evitar de realizar aquel gesto (la autosupresión) que sería probablemente la única consecuencia razonable de la terrorífica toma de conciencia de una existencia en estos términos, plagada por una inevitable y del todo priva de una razón de ser, presencia del sufrimiento [8], debe decirse también que no todo error "vale". No se puede creer por creer, no se puede creer de mentira, "pretender, fingir que se cree" [9]. Nietzsche empieza un trabajo de derrumbamiento de los valores comúnmente aceptados, desenmascarando las imposturas de móviles supuestamente altos en facciones "humanas y demasiado humanas". Es probable que este no sea el trato más original del pensamiento de Nietzsche [10], el trato más original puede ser la conciencia de que con esta labor de destrucción no se llega a la verdad. Del mismo modo no es moralista en sentido propio tampoco el discurso que desarrollará Heidegger (Ser y tiempo) acerca de aquellas actividades fundadas en la "impersonalidad" del cotidiano, el hablar impersonal y distraído (el "se dice", el "charlar por charlar") que nos acompañan hasta la muerte. La "transmutación de los valores" es la expresión que primera da el incipit a una profunda crítica y revisión de aquellas supuestas convicciones que, aun siendo, o incluso "por ser", necesarias a la vida son también "necesariamente falsas" [11]. Desde entonces todo "sufre" un profundo proceso de, digamos, "deconstrucción", hasta el punto de no quedar casi la posibilidad de creer auténticamente en algo [12]. Todos los "objetos" que rodean nuestra existencia y hemos creado, pierden su solidez, aunque curiosamente un análisis de nuestra sociedad pueda llevar a la triste notación del prolífico imponerse de clichés y estereotipos acriticamente aceptados y comúnmente compartidos. Pero esta no es consecuencia que deba extrañar, sino todo lo contrario.

¿Y el Derecho? Desde luego no puede decirse que en el Derecho y en específico en el Derecho Penal no se haya avanzado filosóficamente (en todo caso, y por lo menos en las apariencias, se diría todo lo contrario, se diría, i proliferan fundamentos!) ni podría permitirme yo de expresar sobre este punto, desde luego inabarcable, una opinión valorativa, fuera la que fuera, y si me permitiera tener una. Al estado actual mi discurso se reduce simplemente a señalar una impresión que habrá que corroborar en su caso con un dificultoso proceso de estudio, que mueve de una curiosidad personal y que a lo mejor puede expresarse en los términos que siguen. Es notoria la cercanía del jurista penal a la filosofía, al tratar, esta parte del Derecho, con temas eternos del hombre (responsabilidad, culpabilidad, justificación, expiación, y castigo, legitimación para ello etc.) es conocido su afán de motivarlo todo de tal manera que el gesto primordial, más importante e connatural de su disciplina, que es el de imponer una sanción, una pena, -a la postre un sufrimiento- no resulte arbitrario. Y desde luego no puede decirse que el penalista se haya "quedado atrás" en los fundamentos. No obstante (he aquí una primera observación) no parece que los conceptos más importantes que se manejan en esta materia hayan pasado nunca por una auténtica y completa obra de crítica en términos convincentes y sobre todo llevada a cabo hasta

sus últimas consecuencias. Es verdad que por doquier se apunta profunda y concienciadamente a la "crisis de la culpabilidad", a la "crisis de la pena", a la "crisis de la imputabilidad", estamos plagados de crisis pero también estamos "plagados" de soluciones o tentativos de salvación de los objetos en crisis, tentativos que aun cuando excelentes y profundos no me quitan la sospecha de que puedan ser disfraces para, de algún modo, "tapar cierto vacío" al que no encararse directamente. Se me pasen, por lo menos en este primer estadio de mi labor, afirmaciones tan apodícticas, confieso yo por primero que se deben probablemente sólo a mis incapacidades e ignorancia, y que es posible que el "misterio" que intuyo en el fundamento de las cosas no sea tal -o incluso no exista- sino en mis propias incapacidades y distracción. Es curioso, sin embargo, y para aportar un fácil ejemplo, como las últimas tendencias en boga en la filosofía penal acudan a autores citados en el libro "el nihilismo" de Volpi, como importantes ejemplos de tentativos de superación de las tendencias "nihilistas", Luhmann, o las éticas de Habermas, Apel, etc.

En cambio, salvo un par de estudios puntuales[13], no me resulta que exista un desarrollo del pensamiento de Nietzsche o de Heidegger (los dos mayores) y menos de las interpretaciones post bélicas que de estos autores se han hecho (igual de importantes hoy), sobre todo en Francia y en Italia, aún cuando habría elementos interesantes para reflexionar, incluso largamente, en las obras de ambos y aun más en las de sus interpretes (cuyo pensamiento, la verdad sea dicha, vive ya autónomamente sin necesidad de referencias constantes a sus antecesores). Los autores citados puedan aportar mucho; sus ideas pueden ser desarrolladas por lo menos para proponer otro punto de vista acerca de fundamentos filosóficos del Derecho penal[14] con los que confrontar los actualmente compartidos. A lo mejor, en la filosofía penal se ha acudido directamente a la "salvación" de los conceptos que se emplean en esta ciencia, que han sufrido aun así amplias modificaciones e incluso metamorfosis[15]. Pero en la sustancia todo sirve para "salvar" la misma acción que se lleva a cabo y que caracteriza la historia del hombre desde sus olvidados albores, -el derecho a- castigar[16]. Y sobre esto, yo, francamente, no logro tener las ideas claras. Unos hombres se imponen sobre otros usando la presencia del sufrimiento e el universo humano para imponer sus criterios, y sintiéndose, y alegando de estar, en derecho de hacerlo. De castigar, de infligir intencionalmente sufrimiento.

La pena y la acción de castigar no son ignoradas en los autores al los que he apuntado, aun cuando no son objeto directo de extensas reflexiones. En Nietzsche mismo, por ejemplo y por citar una obra, en la Genealogía de la Moral, se encuentran ideas acerca de la naturaleza y del origen de la pena[17]. Difícilmente se encuentran referencias a sus ideas en los fundamentos de los penalistas[18]. Me aventuro. Es posible, pero he aquí una impresión y nada más que eso, que la razón de tanto olvido se deba a la consideración previa que las ideas de estos autores "no son útiles" en nuestro ámbito. Pero al hablar de "utilidad" ya se está marcando un camino, es como decir, y ya se ha apuntado a ello, no son útiles para salvar aquellos conceptos con los que se trabaja y, además, cuyo fundamento se quiere proponer. Y aquí estamos en el punto de partida, ¿se puede creer en algo sólo por querer creerlo? ¿Extraña suerte de ocultada voluntad de poderío?

No creo que sería tan intolerable la vista integral (y no sólo parcial o superficial) del vacío que se ha ido formando en nuestras convicciones y en los respaldos que se proponen para justificar nuestras acciones "de justicia". Incluso puede encontrarse una utilidad en el desvelamiento allí en donde se evite la aplicación mecánica e inconciente de algunos modelos con la ilusión de que sean "necesarios", "debidos", y no fruto de una peculiar sensibilidad histórica y que, no por ser animados de las mejores intenciones, dejan de ser impositivos. Y con respecto a la pena, su uso se pone como de lo más problemáticos si consideramos el punto central de este gesto, que, tal y como ya se ha dicho, supone utilizar, aprovechar, la presencia del sufrimiento humano con uno o más fines. El sufrimiento representa el más grande y más aterrador misterio de la existencia, el más grande "enemigo" del ser humano; es extraño que pueda ser un aliado en algo[19]. Dice Nietzsche, que lo que hace protestar en contra del sufrimiento no es el sufrimiento en sí, sino lo absurdo del sufrir[20]. Pues bien, el Derecho penal al fin y al cabo es una hermosa construcción para dar sufrimiento a seres humanos, un sufrimiento intencional y que es dado como fin en sí[21]. Como es sabido la pena no es la única consecuencia del delito (las otras, en un esquema clásico y muy simplificado, son las medidas de seguridad[22]) y lo que la caracteriza es el conllevar un "sufrimiento" (materializado en la privación o limitación de un derecho, normalmente la libertad personal) más extenso de lo estrictamente necesario para el aseguramiento de bienes jurídicamente relevantes. Cuando se da una pena, (con diferencia de lo que se debería hacer cuando se imponga una medida de seguridad) no se da aquella "dosis de sufrimiento" estrictamente necesaria "terapéutica" para remover las causas de comportamientos considerados intolerables o para evitar los efectos lesivos que podrían producirse (aseguramiento), sino que se lleva a cabo un juicio acerca de la responsabilidad de una persona, se le reprocha algo, se formula un juicio de culpabilidad y (incluso con todas las limitaciones y reticencias del caso a las que hoy se acude, el hecho no cambia en la sustancia) se le impone un sufrimiento sin otro fin que el de que el sujeto sufra, se "compense" así el mal causado. Bueno pues al estado actual de nuestra cultura no sé cuanto de todo este mecanismo, dinámica, esquema general, pueda salvarse. Y si los correctivos, los tibeos con los que se aplica logran cambiar la sustancia o no sólo delatar la embarazosa situación del perpetrarse de unas prácticas que "huelan a sangre y tortura" (la expresión es de Nietzsche[23]) y cuyos fundamentos nadie tiene del todo claros, o se buscan en el sitio equivocado. A lo mejor las palabras dan miedo, ciertas palabras tienen el efecto desagradable de parecer acusar a los acusadores, o incluso de sonar mal, traer malos recuerdos, recordar interpretaciones y desarrollos equivocados, desafinar en nuestras conciencias que no quieren sobresaltos, que están preocupadas por esconder verdades que pueden acarrear una ulterior dosis de malestar. No hay "nihilismo"[24] más insano que este. Las conclusiones a las que se podría llegar de un desarrollo riguroso de esta parte del pensamiento de nuestra cultura, podrían ser interesantes, y con un (de momento impredecible) efecto.

[1] Se me pase esta demasiado obvia referencia a la poesía de Giacomo Leopardi "el infinito", considerando, que podría no serlo tanto para lectores de idioma español, y las buenas intenciones que la motivan: poder formular una primera referencia a este gran poeta, menos conocido de lo que sería menester fuera de Italia, cuyo estudio metódico y riguroso llevado a cabo por un gran filósofo actual ha dado a la luz sus grandes y, aunque inconcientemente,

decisivas aportaciones en el desarrollo del pensamiento occidental contemporáneo. Me refiero a los dos excelentes estudios de E. Severino: *Il nulla e la poesia. Alla fine dell'età della tecnica: Leopardi*, BUR, Milán, 1990, ed. revisada 2005, y *Cosa arcana e stupenda*, BUR, Milán, 2004.

[2] Sería del todo arbitrario que propusiera una lista de obras o manifestaciones artísticas que me parecen guardar este confuso y opinable parentesco o relación con algún concepto más o menos intuitiva y generalmente compartido de "nihilismo", aun así a título de mera y del todo personalísima y muy discutible, concreción de la afirmación en el texto aportaré unas referencias de lo más ecléctico de mi lagunosa preparación personal: el escribano Bartleby de Melville, Oblomov de Gongarov, los escritores Celine, Palaniuk, Cioran, Spengler, Junger en música, evitando lo conocido, las tendencias Black metal (y sub géneros como "suicide metal", "depressive metal", "doom metal", etc.) especialmente las escandinavas (grupos como, Mahiem, Emperor, Marduk por citar algunos), películas puede haber millares, quizás también "Fight Club" pueda entrar en el grupo, y así personajes poco conocidos en nuestros Países como el brasileño "Ze do Caixão", y evito de tediarme ulteriormente.

[3] Decisivo acudir a la obra de F. Volpi, *El nihilismo*, Buenos Aires, 2005.

[4] Cfr. Nietzsche, carta a Overbeck, 21 de febrero de 1887.

[5] F. Volpi, *El nihilismo*, Buenos Aires, 2005.

[6] Con la necesaria celeridad he aquí el punto central del análisis de E. Severino, en muchas de sus obras, en donde propone una superación de este "error" del pensamiento occidental y de la "esclavitud" que de ello se deriva. V. por ejemplo, *La legna e la cenere*, Rizzoli, Milan, 2000, o *Il giogo alle origini della ragione, o Il nulla e la poesia cit., Ritorno a Parmenide, y Essenza del nichilismo*, Milano, 1972.

[7] Tampoco el espanto es algo "debido" no hay una razón tras la consideración de que algo nos espanta y otras cosas igualmente misteriosas, no.

[8] En el pensamiento griego, son probablemente numerosas las fuentes de las que derivar una concepción trágica y pesimista de la vida, incluso ajenas a las tragedias propiamente dichas (sobre todo de Esquilo y Sófocles, puesto que en Eurípides, en una famosa interpretación de Nietzsche, muy banalizada aquí, se pierde el trato más auténtico y significativo de la tragedia al introducirse el concepto de que: al "justo" no puede pasarle "algo malo") incluso en Homero *Ilíada*, canto xxiv Aquiles hablando con Príamo formula una hermosa referencia a la doctrina tradicional antigua según la cual Zeus tiene dos orcos, dos recipientes, en uno guarda los bienes en el otro los males, los escoge a caso, los mezcla y los dona a los hombres, y bien, puede darse sólo una de las variantes extremas: que a alguien puedan caerle sólo males, no se da en cambio la otra posibilidad, nadie es perfectamente feliz.

[9] Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad, nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, Barcelona 1990, y *Credere di credere*, Garzanti, 1996.

[10] Y esta parece ser la opinión de G. Vattimo, del cual de momento baste recordar, la *Introduzione a Nietzsche*, Laterza, Roma-Bari, 1986.

[11] Es necesario omitir, incluso breves, referencias a las interpretaciones (escuelas, corrientes) que han surgido sobre todo del estudio de Nietzsche (sobre todo en Francia, Ricoeur, Derrida, Deleuze etc., en Italia, Severino, Vattimo, Montinari, Colli, Givone, etc.) e Heidegger, y las críticas de las lecturas que se proponen. Proporcionando unas lecturas V. GIVONE, Sergio, *Storia del nulla*, Laterza, Roma-Bari, 2003, BREZZI, Francesca, *Introduzione a Ricoeur*, Bari 2006

[12] Es necesario evitar de tocar aquí todos los problemas que para Severino (pero no solo) entraña la postura de quien, -banalizando, se me perdone la problemática- "afirma" su "imposibilidad de creer", y las dificultades de proponer el nihilismo como doctrina en cierto modo "alética", así como las soluciones propuestas (por Nietzsche mismo) que obviamente no se limitan a la banalidad de un relativismo absoluto.

[13] Cfr. Quintano Ripollés, A., "Filosofía y ciencia del derecho alemanas de la trasguerra", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, febrero 1951, e "Ideas jurídicas de Nietzsche", *anuario de filosofía del derecho*, Madrid, 1957, "Posibles consecuencias penales del existencialismo", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1952.

[14] No puedo pensar de verdad que el "ostracismo" de estos autores de la discusión jurídicopenal haya a fundamentarse en el uso que se hizo por parte del nacional socialismo del pensamiento de Nietzsche, o de las adhesiones de Heidegger en un primer tiempo a la misma corriente política, aunque en diálogos ocasionales con juristas se ha apuntado a ello, puesto que sería, bajo cualquier punto de vista, insostenible pensar hoy que las ideas de estos pensadores, aplicadas al Derecho, pudieran liquidarse como si se tratara de un experimento ya intentado y acabado en tragedia que es inútil o peligroso repetir. No me puedo extender en las infinitas razones de la inadmisibilidad de un argumento de este tipo.

[15] En un reciente congreso el contenido de una de las ponencias, no todavía publicadas, de un importante catedrático de Derecho penal alemán (Michael Pawlik) aludía a las dificultades de reconducir el actual contenido de las categorías "eternas" del Derecho penal a su tradicional y más auténtico sentido.

[16] Sin querer ser simplista, cierta embarazosa actitud frente al concepto de castigo quizás aflore en la práctica hodierna de imposición de penas y medidas varias, allí en donde se nota confusión en la naturaleza de cada cual, y existen institutos incluso contradictorios, que se solapan con aducidos fines utilitaristas a perseguir.

[17] Nietzsche, *Genealogía della morale*, Adelphi, Milán, 1987, 2007 (ed. XIV), Pág. 49-52 por ejemplo. También escribe sobre la pena, Ricoeur, v. por ejemplo, "Le droit de punir", en, VVAA, *Die normativität des Winklichen*, Stuttgart, 2002, Pág. 439-457.

[18] FALCON Y TELLA José y Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción, ¿un derecho a castigar?*, Madrid 2005.

[19] Esto puede a lo mejor guardar cierta relación con la consideración que puede sacarse de la lecturas de obras de Vattimo quien opina que la tarea práctica más relevante hoy en día es la de reducir la presencia de violencia en el universo humano, y ¿qué es la violencia sino una imposición de sufrimiento?

[20] En la perspectiva de Nietzsche, cfr. *genealogía*, cit. Pág. 57. Y en unas reflexiones acerca de los orígenes del castigo (ahora es inabarcable su exposición) una frase que impacta por su contundencia: "incluso en el viejo Kant: el imperativo categórico huele a crueldad".

[21] Omitiendo mucho y arriesgando unas imprecisiones consistentes.

[22] En su lectura más llana el modelo propuesto por primera vez por el suizo Carl Stooss, sigue este patrón: por un lado existen las penas propiamente dichas, que son las consecuencias digamos "normales" del delito y que se suele decir "miran al pasado" es decir al hecho realizado, y se connotan por la presencia de una componente aflictiva derivada de la formulación de un juicio de reproche al comportamiento delictivo, que se respalda -el juicio- en la capacidad de culpabilidad del sujeto agente, al que se le considera responsable por sus acciones y al que, en virtud de su capacidad (típica sólo del ser humano) de elegir moralmente entre varios comportamientos alternativos, se le achaca la elección concreta de uno que está previsto como prohibido por el ordenamiento jurídico. Por otro lado existen las medidas de seguridad, que, haciendo hincapié sobre la peligrosidad del sujeto deberían ser privas de una aflictividad mayor de aquella intrínseca a su propia naturaleza -en cierta manera definible como "terapéutica"-, y se imponen a aquellos agentes que, actuando en determinadas circunstancias en las que se piensa que el hombre no pueda tener o pierda su característica típica (la capacidad de elección entre comportamientos de la que se deriva la capacidad a la culpabilidad) no pueden ser considerados responsables por sus actos, y por esto no son sancionados con un reproche valorativo sobre las acciones llevadas a cabo, sino que, allí en donde pueda apreciarse, son alcanzados por unas consecuencias "neutras" (cuanto a reproche por la culpabilidad), y libres (dentro de lo que cabe) de la aflictividad que se derivaría de ello. Tales otras consecuencias -medidas- responden a consideraciones acerca de la posible futura peligrosidad del sujeto (miran "hacia adelante, hacia el futuro").

[23] Ibidem.

[24] Esta palabra, como es noto, se emplea también como "acusación".

Resumen:

El presente artículo presenta una posible línea de investigación acerca de la teoría de la pena que acuda sobre todo al pensamiento de Nietzsche y de las interpretaciones que de este se han hecho con especial referencia a las teorías deconstructivas y a las corrientes filosofías que desarrollan o analizan el llamado "nihilismo", con especial atención habrán de considerarse autores como Emanuele Severino, Gianni Vattimo, Paul Ricoeur.

Palabras clave:

Teoría de la pena, nihilismo, Nietzsche, Severino, Vattimo, Ricoeur.

[Volver](#)

Abstract:

This work is about a new research line about theory of punishment in penal law which especially wants to consider Nietzsche philosophy and it's interpretations, deconstructive theories, and the so called "nihilism", especially considering the philosophers: Emanuele Severino, Gianni Vattimo, Paul Ricoeur.

Keywords:

Theory of Punishment, Nihilism, Nietzsche, Severino, Vattimo, Ricoeur.

[Volver](#)

Imprimir

Circunstancia. Año VI - Nº 16 - Mayo 2008

Ensayos

¿ERA NECESARIA LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL?

M^a del Carmen Molina Mansilla

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

¿Qué ha sucedido para que la siniestralidad en nuestras carreteras durante la operación de Semana Santa 2008, se haya reducido respecto del mismo período anterior, con una disminución de víctimas mortales y heridos graves en un 39 por ciento y en casi un 42 por ciento, respectivamente, a pesar de que los desplazamientos se incrementaron en casi un cinco por ciento? Aunque en los últimos diez años la cifra de muertos en esta operación de Tráfico muestra una tendencia decreciente, lo cierto es que en el período 2004-2006 este valor sufrió un repunte, pasando de 103 víctimas mortales en 2004 a 110 en 2006. La entrada en vigor en julio de 2006 del sistema previsto por la ley 17/2005, de 19 de julio, *por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial*, propició que se rompiera esta tendencia, con una reducción del número de fallecidos superior al seis por ciento en la Semana Santa de 2007, hasta situarse al mismo nivel de la Semana Santa de 2004, con un total de 103 fallecidos. Pero la verdadera sorpresa, que da motivos para la esperanza, se ha producido en la campaña de Pascua de 2008, en que la cifra se ha reducido hasta las 63 víctimas mortales, lo que como decíamos, supone una disminución en un 39 por ciento respecto del año anterior. Por tanto, aunque es pronto para lanzar las campanas al vuelo, debiendo esperar a las próximas operaciones de Tráfico para confirmar estas tendencias, el hecho cierto es que parece que el legislativo se ha situado en el camino correcto con la instauración de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial*.

La explicación ofrecida por el Ministro del Interior en funciones, Pérez Rubalcaba, concluye que la consecución de «la mejor cifra histórica» en la accidentalidad en carretera se debe a que los conductores son cada vez más responsables, lo que ha sido propiciado por tres razones, como son la implantación del carné por puntos, la modificación del Código penal y las campañas divulgativas de los medios de comunicación que persiguen la concienciación de los conductores. A esto habría que añadir un incremento en la asignación de recursos, con una dotación total para la operación de 8900 agentes –algo más de un 7 por ciento con respecto a la operación del año anterior–, 317 radares fijos y 305 radares móviles. Precisamente, conseguir que los conductores sean más responsables es el objetivo de la política gubernamental en materia de seguridad vial, que adopta ciertas medidas del Plan Estratégico de seguridad vial incluido en el Programa electoral del Partido Socialista Obrero Español para las elecciones del año 2004, que recogía como objetivos y prioridades la disminución en el número de accidentes, víctimas y fallecidos, mediante la erradicación de la impunidad de las conductas irresponsables, garantizando el cumplimiento efectivo de las normas de tráfico e incrementando el control y las sanciones respecto de quienes habitualmente conducen peligrosamente. Para ello, entre otras acciones, jugaban un papel prioritario la instauración del sistema de permiso por puntos y el incremento de los controles y de las sanciones para este tipo de conductas.

Con respecto al sistema de *permiso y licencia de conducir por puntos*, que ya había demostrado su eficacia en algunos Estados europeos, éste entró en vigor en nuestro país el 1 de julio de 2006, tras la promulgación de la Ley 17/2005, de 19 de julio, que como se manifiesta en su Exposición de Motivos, posee un carácter eminentemente reeducador para modificar los comportamientos infractores, a través de la realización de cursos de sensibilización y reeducación vial de los conductores multireincidentes, además de un efecto punitivo sobre aquellos comportamientos inadecuados, mediante la pérdida del crédito en puntos otorgado a cada conductor en su licencia de conducción. El objetivo de este sistema no es la doble penalización de las infracciones de tráfico, lo que podría atentar contra el principio *non bis in idem*, sino de hacerlo compatible y complementario con el procedimiento sancionador contemplado en la Parte especial del Código penal para recoger las conductas ilícitas en la esfera de la seguridad vial, de manera que la sanción penal impuesta pueda ser acompañada de la consiguiente pérdida automática de puntos. Hay que destacar que el resultado del primer año de vigencia del sistema del denominado carné por puntos –del 1 de julio de 2006 al 30 de junio de 2007– supuso una reducción en 467 fallecidos menos, es decir, un 14,3 por ciento inferior al registrado en el mismo período del año anterior.

Pero lo que parece el hecho fundamental para explicar este logro es la modificación del capítulo IV del título XVII del libro II del Código penal, *de los delitos contra la seguridad del tráfico* –arts. 379 a 385– impulsada por el Congreso de los Diputados, a propuesta de la Comisión de Seguridad Vial del Congreso, que consideraba necesario definir con mayor rigor los delitos contra la seguridad del tráfico, y legitimada con el respaldo social, a la luz de los resultados arrojados por la encuesta sobre seguridad vial realizada en diciembre de 2005, que mostraban la inquietud de la sociedad en un momento en que la siniestralidad en las carreteras era cada vez más patente, superando la media europea, lo que justificaba un endurecimiento de las penas para este tipo de delitos y la inclusión de otros comportamientos no sancionados penalmente. La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial*, recoge en su Exposición de Motivos la prioridad de incrementar el control sobre el riesgo tolerable, tipificando expresamente el exceso de velocidad y los niveles de alcohol en el organismo, entre otras acciones. Partiendo de esa fuente de peligro se prevén diferentes grados de ilicitud, que van desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, como preveía el Código en su inicial redacción. Conforme

a la nueva regulación, las penas y consecuencias se incrementan de forma importante, en especial, en lo concerniente a la privación del permiso de conducir, a lo que se añade la posibilidad de considerar instrumento del delito al vehículo de motor o ciclomotor, en orden a disponer su comiso. Como novedad, destaca el hecho de que la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y de impregnación tóxica deja de ser un delito de desobediencia para convertirse en un delito autónomo. Así mismo, recoge la previsión en un solo precepto para aquellos supuestos en que el sujeto conduzca estando privado judicial o administrativamente del derecho a hacerlo.

Como vemos, para combatir la siniestralidad en nuestras carreteras, el legislador ha optado por emplear el sistema penal para que los conductores interioricen las conductas que suponen un peligro para la seguridad del tráfico rodado, pues como afirma FEUERBACH «el fundamento de la pena es la coacción psicológica». La cuestión a determinar es si era necesario emplear lo que Conde-Pumpido Ferreiro ha calificado como «el más potente instrumento de coacción jurídica de que dispone [el ordenamiento jurídico]: la pena», puesto que al suponer la privación de un bien jurídico ésta ha de considerarse como un mal, que con arreglo al *ius puniendi*, es impuesto por el Estado con la doble finalidad de sancionar el delito cometido y prevenir la comisión de nuevos delitos. Para otorgar garantías jurídicas a la ciudadanía en los Estados democráticos, el principio de intervención mínima impide utilizar el Derecho penal en primera instancia, obligando a aplicar previamente otros recursos ofrecidos por el ordenamiento jurídico, lo que actúa de límite del *ius puniendi*, impidiendo que un gran número de hechos sea sancionado penalmente, evitando el paroxismo penal que caracteriza a los Estados totalitarios. Por tal motivo, cabría considerar si al aumentar los controles sobre los conductores y aplicar medidas coercitivas de carácter penal no estará el legislador utilizando una excusa para criminalizar cierto tipo de comportamientos anteriormente atípicos, lo que nos haría tender hacia un Estado represivo, al emplearse la pena como un instrumento político.

En opinión de Conde-Pumpido, la misión primaria del Derecho penal consiste en compatibilizar la maximización de la armonía entre los miembros de la colectividad con la maximización de su libertad, de manera que teleológicamente este Derecho posee una finalidad tuitiva de los intereses sociales que han alcanzado la categoría de bienes jurídicos susceptibles de protección. En este sentido, el principio de intervención mínima exige, según Mayer, que para tipificar penalmente una acción, se cumplan tres requisitos:

- a) que el bien jurídico sea merecedor de protección, al resultar positivo para la comunidad;
- b) que necesite protección, al resultar insuficiente la protección que puedan otorgarle otros campos del Derecho;
- c) que sea susceptible de protección, al resultar efectiva la tutela penal, castigando los actos que lesionen al bien jurídico.

Por tanto debemos analizar si, con arreglo al principio de intervención mínima, se justifica la tipificación penal de este tipo de acciones. En los delitos contra la seguridad vial el bien jurídico protegido es la seguridad colectiva, por lo que al tutelarlos se estarán reduciendo los riesgos que pueden afectar a la sociedad, por lo que estaremos dando cumplimiento al primero de los requisitos. Con respecto al segundo de ellos, las estadísticas de siniestralidad indican que los factores de riesgo más comunes son el exceso de velocidad y las elevadas tasas de alcoholemia, por lo que el legislador ha entendido que tipificando estos comportamientos se reducirán los riesgos sobre el bien jurídico y a la vista de los resultados obtenidos, parece haberse conseguido lo que no se había logrado con medidas de carácter administrativo. Por lo que atañe al tercero de los requisitos, el legislador ha pretendido otorgar un plus de protección al bien jurídico seguridad colectiva, criminalizando ciertos comportamientos que atentan contra el bien jurídico. Esta circunstancia parece tener su origen en una demanda social, pues como mostraban los resultados de la encuesta sobre seguridad vial publicada por la DGT en agosto de 2006, la sociedad exigía la criminalización de ciertas conductas. Así, a la pregunta de si estarían dispuestos los encuestados a considerar como delito una serie de infracciones, el 69 por ciento se mostró partidario de la medida para el caso de superar en más del doble el límite de la tasa de alcoholemia permitido y un 61 por ciento en el caso de conducir sin permiso. Estos valores se reducían hasta situarse en algo más del 50 por ciento en el caso de superar los límites de velocidad, lo cual parece demostrar que no existe tal sentimiento social cuando se trata de sobrepasar estos límites.

Otra posible justificación de que el legislador se haya decantado por la tipificación penal de ciertas acciones puede encontrarse en la idea de la "sociedad del riesgo", término acuñado por el sociólogo Ulrich Beck para aludir una serie de riesgos, que se producen en la sociedad moderna, de tipo económico, político, social, industrial y tecnológico, que afectan a la totalidad de los individuos de la sociedad, que paulatinamente son objeto de control por parte de las instituciones. A nuestros efectos, el riesgo afecta a los ocupantes de vehículos de motor y ciclomotores y a los peatones, es decir, de una u otra manera, a la totalidad de la población. A results de este novedoso concepto se ha ido desarrollando una nueva perspectiva del Derecho penal de carácter simbólico, tendente hacia la "dogmática penal del riesgo" o "política criminal del riesgo", con un carácter marcadamente preventivo, que adelanta las barreras punitivas para englobar todos aquellos peligros artificiales que se superponen a los de índole natural, derivados de la actuación de personas –en nuestro caso por el peligro inherente a la conducción de vehículos de motor y ciclomotores y otras actividades anexas–, que cuestiona los límites impuestos por determinados principios garantizadores del Derecho penal clásico que suponen un límite del *ius puniendi*, flexibilizando algunos de los criterios de imputación penal tradicionales, por lo que los defensores del Derecho penal clásico afirman que con arreglo a esta visión podrían resultar afectados los principios de legalidad penal y tipicidad. Pero evidentemente, en este caso, primaria el interés social de combatir el riesgo que entrañan diversas conductas al volante, legitimando el *ius puniendi*, como ha pretendido justificarse en la Exposición de Motivos de la LO15/2007, al instaurar un incremento del control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración. En cualquier caso, a la vista de los resultados de la operación vacacional de Semana Santa 2008, parece demostrarse –a expensas de una corroboración empírica en futuras campañas– que el adelantamiento de las barreras punitivas es razonable y acertado.

Tras observar que nada obsta a la modificación realizada en el Código penal al cumplir con el principio de intervención mínima y por los esperanzadores resultados de su reciente implantación, conviene preguntarse cuál

ha sido el objetivo del legislador en cuanto a los fines perseguidos por la pena. Así, desde la perspectiva de las teorías absolutas, que atribuyen a la pena la finalidad de retribuir el mal causado, al debatir la Comisión de Seguridad Vial del Congreso de los Diputados sobre la modificación del Código penal, consideraba básico el objetivo de definir los delitos en materia de seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas de violencia vial pudieran quedar impunes. De este modo, la LO 15/2007 ha surgido con la finalidad de incrementar el control sobre el riesgo al bien jurídico, a través de una notable elevación de las penas y las consecuencias. En cuanto a las teorías relativas, que basan la pena en su utilidad, podemos observar que los delitos contra la seguridad vial poseen un carácter marcadamente preventivo, puesto que conducir con un exceso de velocidad o superando una determinada tasa de alcoholemia son las causas que empíricamente generan un mayor número de accidentes de circulación, de manera que castigando estas conductas se estará reduciendo la probabilidad de ocurrencia de accidentes. Por lo que respecta a las teorías mixtas, que unifican las anteriores, atribuyendo fines distintos en las sucesivas fases penales, cuando el legislador tipifica la conducta persigue el fin de la prevención general, que es el objetivo principal en nuestro caso, a través de la intimidación que produce la pena. Posteriormente, en la fase de imposición de la pena, el órgano jurisdiccional tiene en cuenta el fin de la retribución, sin que ésta pueda sobrepasar la culpabilidad del autor; es aquí donde se justifica la elección de la pena privativa de libertad por la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, puesto que la persona juzgada con arreglo a este delito no está tan estigmatizada como el resto de delincuentes en otro tipo de delitos. Finalmente en la fase de ejecución de la pena, se tiene en cuenta el fin preventivo especial. Por tanto aplicar la pena de prisión a sujetos no reincidentes posiblemente chocaría con el fin preventivo especial.

BIBLIOGRAFÍA

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte general, 1ª ed., Madrid, 1.996.

DE URBANO CASTRILLO, E.: «La privación del derecho a conducir» en Boletín de Derecho de la Circulación, El Derecho Editores, nº 4, Enero 2007.

GARCÍA VALDÉS, C. (Direct.): Diccionario de Ciencias Penales, Madrid, 2.000.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Repercusión de la "responsabilidad penal por el producto" en los principio garantizadores y la dogmática penal» en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, CGPJ, Escuela Judicial, VII, 2006.

SEBASTIÁN SANCHÍS, E.J.: «Los delitos de tráfico» en Boletín de Derecho de la Circulación, El Derecho Editores, nº 12, Noviembre 2007.

SEBASTIÁN SANCHÍS, E.J.: «Reflexiones sobre la implantación del permiso de conducir por puntos» en Boletín de Cuantor Gestión de Tráfico, El Derecho Editores, nº 1, Marzo 2007.

Resumen:

La entrada en vigor de la modificación del Código penal en materia de delitos contra la seguridad del tráfico, junto con el carné por puntos e importantes campañas de sensibilización, proporcionan motivos para la esperanza en cuanto a la disminución de la siniestralidad vial. Pero cabe preguntarse si era necesario tipificar penalmente determinados actos relacionados con el tráfico. En el presente artículo intentaremos dar respuesta a esta pregunta.

Palabras clave:

Siniestralidad, operación de tráfico, seguridad vial, sistema de permiso y licencia de conducir por puntos, carácter reeducador, efecto punitivo, *Ius puniendo*, estado represivo.

[Volver](#)

Abstract:

.

Keywords:

.

[Volver](#)

Imprimir

Circunstancia. Año VI - N° 16 - Mayo 2008

Investigaciones en curso

Para consultar un artículo, selecciónalo en el menú de la derecha.

- *La detención ilegal cometida por funcionario público*
Zainer Pimentel

Imprimir

Circunstancia. Año VI - N^o 16 - Mayo 2008

Investigaciones en curso

LA DETENCIÓN ILEGAL COMETIDA POR FUNCIONARIO PÚBLICO

Zainer Pimentel

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

I. Planteamiento del tema

La libertad de movimiento en el sentido del abandono de un lugar sin que nada lo impida[1] puede ser el objeto de protección del art. 163 CP español. Esa es la tesis que parte de la doctrina española ha sostenido, y sobre la cual se han centrado las investigaciones referidas a este tipo penal. La libertad posee una especial valoración dentro del sistema jurídico moderno, y comprende, en los países de cultura democrática arraigada, el patrimonio más estimado del Estado de derecho.

El planteamiento de esta investigación no contemplará sólo el objeto de protección, habida cuenta que el legislador ha querido tipificar la detención funcional como un delito agravado de la detención llevada a cabo por particulares (art. 167 Cp) y la violación de las garantías constitucionales y legales (art. 530 Cp), que puede ser ubicado en la categoría de los delitos de infracción del deber.

Bajo la denominación de detención ilegal practicada por autoridad o funcionario público sin causa que medie delito, el CP español de 1995 incrimina en el artículo 167 las conductas previstas en el tipo básico de detención ilegal (art. 163 y ss. Cp), con las penas previstas en éstos en su mitad superior más inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. Así el legislador penal español de 1995, siguiendo la línea del código anterior, se preocupó, no sólo por criminalizar la conducta de los particulares que realizan detenciones arbitrarias, sino también por corregir el art. 184 del derogado Código penal de 1973 que producía la paradoja de privilegiar, en lugar de agravar, la conducta del funcionario público que se salta la legalidad en la práctica de las detenciones.

Por otro lado, en el art. 530 Cp el legislador quiso tipificar la conducta del funcionario que vulnera el deber jurídico de protección de las garantías constitucionales sobre la libertad de un sujeto, cuando media una causa delictiva.

En la teoría española se han ocupado del tema, entre otros autores, POLAINO NAVARRETE[2], CÓRDOBA RODA[3], MUÑOZ SÁNCHEZ[4], PORTILLA CONTRERAS[5] o VIVES ANTÓN[6], que han publicado sendas monografías sobre la detención ilegal, o detención ilegal cometida por funcionario público, con lo que suman importantes contribuciones al debate científico en torno a este instituto penal. Entre estos autores existen divergencias entre las soluciones a los problemas dogmáticos. Todavía hay campos de investigación abiertos dentro las categorías delictivas de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad que siguen llamando la atención de los penalistas, principalmente si se tiene en cuenta que estas monografías son anteriores a 1995, cuando se consolidaron las figuras legales que hoy existen.

Hay cuestiones que aún no están consensuadas por la doctrina y jurisprudencia como si en los delitos de detención ilegal practicada por funcionario o autoridad se admite el error de tipo, de prohibición o ninguno de los dos; si en estos tipos cabría plantearse la posibilidad de la introducción de la comisión culposa, una vez que al no estar contemplada por la ley (conforme prevé el art. 12 Cp) puede darse la no punibilidad; o qué tratamiento jurídico se debe conferir al uso de la violencia y de armas de fuego en la detención. Es necesario buscar soluciones con vista a proteger las garantías fundamentales de los ciudadanos frente a los abusos cometidos por miembros del aparato del Estado, así como para dar la legitimidad necesaria a las actuaciones del Estado en aras del *ius puniendi*.

II. Metodología

Haciendo uso de la metodología interpretativa lógica dogmática, que maneja los principios fundamentales que conforman el derecho positivo[7], haremos que la explicación de los conceptos penales contenidos en las normas en estudio forme parte de una dogmática que va más allá de la pura exégesis lógico-literal de las leyes[8].

Como fase inicial, se ha hecho una revisión de la literatura científica ya consolidada respecto al tema, en las doctrinas española, portuguesa, y de alguna manera en la dogmática penal alemana traducida al español. Para ello, se ha acudido a trabajos monográficos, artículos científicos, tratados y manuales interpretativos de las partes general y especial del Código penal en la doctrina penal moderna. También se está realizando un estudio de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia. Este método intenta reunir y sistematizar las diversas interpretaciones científicas y jurisprudenciales dirigidas a resolver los distintos problemas ligados a la figura típica de la detención ilegal practicada por funcionario público.

III. Hipótesis

Por ser una norma penal en blanco, se debe plantear si la conciencia de la ilicitud debe alcanzar los preceptos extrapenales de la norma, de ellos su repercusión en la cuestión del dolo interpretaciones de la relevancia del error de tipo y de prohibición, de los problemas que generan de autoría y participación, etc.

Por otro lado se considera que el delito de detención ilegal de funcionario público en el Cp español como tipo autónomo se quedó, tras la reforma del 1995, repartido en dos figuras legales, una para la forma agravada de la detención de particulares (art. 167 Cp) y la otra cuando se trata de las violaciones de las garantías legales y constitucionales de la detención (art. 530 Cp). La cuestión es: ¿se podría mantener en el Cp español una única regulación para todos los delitos de detención ilegal funcional, que no difiriera cuando el funcionario público actúa en una causa que medie delito, o cuando actúa dentro de una causa delictiva, pero vulnerando el deber de protección?. En algunas legislaciones de nuestro entorno cultural, como el § 239 StGB y el art. 158 Cp portugués, sólo existe un tipo penal para los particulares que, en el caso portugués, tiene una pena agravada cuando es cometido por los funcionarios públicos. Aunque también es cierto que otras legislaciones, como el *Código penale* italiano, sancionan el *sequestro di persona* (art. 605 Cp) y el *arresto illegale* (art. 606 Cp) en dos figuras autónomas o el nuevo código penal francés, que sanciona las conductas de detención ilegal en los arts. 432-4 y art. 432-5 CpF.

IV. Objetivo

Partiendo de una dogmática penal que se centre en la función protectora de la norma, sin dejar de destacar el objeto de protección de la detención ilegal, no se descarta proponer un esbozo de figura legal menos compleja que las actuales, quizás cercana a la alemana o portuguesa, que ofrezca respuestas a los principales problemas dogmáticos que aparecieron en la compleja técnica de los delitos de detención ilegal del Código penal de 1995.

Bibliografía Sugerida:

1. Marco bibliográfico referencial Español

ALONSO PÉREZ, Francisco (1997). Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código, La Ley-actualidad, Madrid, 1997.

BACIGALUPO, Enrique, "Sobre la reforma de los delitos de funcionario", *Documentación Jurídica*, enero-diciembre, V.III, MJ, 1983.

BACIGALUPO, Enrique, "La problemática penal de las leyes penales en blanco y su repercusión en el derecho económico", en: BACIGALUPO, Enrique (Dir.), *Curso de Derecho penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

CÓRDOBA RODA, Juan (1964). El delito de detenciones ilegales en el Código Penal español, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos – Anuario de derecho penal y ciencias penales.

CLIMENT DURÁN, Carlos (1999). Detenciones ilegales: cometidas por autoridad o funcionario público, Valencia, Tirant lo Blanch.

BUSTOS RAMÍREZ, J.(1983), El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público, en CPCr., nº 20.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1971), La detención antes del juicio, Madrid, Imp. Vicente Rico, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, t. IV, octubre-diciembre, pp 775-769.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis(Coord.) (1996), Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, Madrid, Consejo General del poder Judicial.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1997), El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, 2º ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

GIMBERNAT ORDEIG, E., Sobre la retención policial, comentarios a la legislación penal, en Revista de Derecho público, T. XV, Vol. I.

HOYOS SANCHO, Montserrat de (1997), La detención por delito, Arazandi,...

ORTS BERENGUER, E. (1983a), Detenciones ilegales cualificadas, en Comentarios a la legislación penal, t. II, Madrid, Edersa.

ORTS BERENGUER, E. (1983b), Conductas relativas al acondicionamiento, construcción y tenencia de lugares a propósito para cometer el delito de detenciones ilegales, en Comentarios a la legislación penal, t. II, Madrid, Edersa.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1988), Los derechos fundamentales, 3º ed., Madrid, Tecnos.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (1982). El delito de detención ilegal, Editorial Arazandi, Pamplona

PORTILLA CONTRERAS, G. (1993), Desprotección de la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la seguridad ciudadana, en Vol. Col. Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión y crítica sobre la Ley Corcuera. Editorial Trotta.

PUIG PEÑA (1955), Detenciones ilegales, t. VII, NEJ Seix.

QUERALT JIMÉNEZ, J.(1987), ¿La retención para qué? Justicia, nº 3,

QUERALT JIMÉNEZ, J.(1989-1), La retención policial es una detención inconstitucional, en Actualidad Penal.

QUERALT JIMÉNEZ, J. (1986), El policía y la ley, Barcelona.

VIVES ANTON, T.S. y GIMENO SENDRA, J.V. (1977), La detención: detenciones ilegales – La detención gubernativa y la detención judicial, Barcelona, Bosch.

RAMÓN SORIANO (1986), El derecho de habeas corpus, Madrid, Publicación del Congreso de los Diputados.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1989b), *La detención*, Madrid, Akal.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1975), *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Madrid, Tecnos.

SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, J. (2002), Javier, *Delitos de infracción del deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid,.

SALIDO VALLE, Carlos (1997), *La detención policial*, Barcelona, Bosch.

SERRANO GÓMEZ, *La detención: garantías del detenido en la Constitución española de 1978*, en ADPCP.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (1993) *Libertad personal y seguridad ciudadana: estudio del tipo del injusto de detenciones ilegales practicada por funcionario*, Barcelona, PPU.

2. Marco bibliográfico referencial alemán

JAKOBS, Güther (1999), *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Cívitas.

ROXIN, Claus (1979), *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Trad. E. Becigalupo, Buenos Aires, Dapalma.

ROXIN, Claus (2000), *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Trad. de Joaquim Cuello, José L. C. Murullo, séptima edición, Madrid, Marcial Pons,.

RUDOLPHI (1975), *Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico*, Trad. E. Bacigalupo, en NPP.

PADOVANI, T. (1985), *Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà tutelata*, RIDPP, nº28.

[1] MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan , Idem.

[2] POLAINO NAVARRETE, Miguel (1982). *El delito de detención ilegal*, Editorial Arazandi, Pamplona

[3] CÓRDOBA RODA, Juan (1964). *El delito de detención ilegal en el Código Penal español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid.

[4] MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (1992). *El delito de detención*, Editorial Trotta, Valladolid.

[5] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (1990). *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid – Edersa, Madrid

[6] VIVES ANTON, T. S. y GIMENO SENDRA, J.V. (1977), *La detención: detenciones ilegales – La detención gubernativa y la detención judicial*, Bosch, Barcelona.

[7] BENDENES GASSET, Ramón (2000). *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, p. 87

[8] MIR PUIG, Santiago (1994), *Dogmática creadora y política criminal*, Ponencia presentada al coloquio Regional del Grupo Español de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en octubre de 1997 en Madrid y Palencia, en *Derecho Penal en el Estado Social Democrático y de Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 13.

Imprimir

Circunstancia. Año VI - Nº 16 - Mayo 2008

Estados de la cuestión

Para consultar un artículo, selecciónalo en el menú de la derecha.

- *El estado de la cuestión penal (visto desde la teoría de las generaciones de Ortega y Gasset)*
Enrique Bacigalupo

Imprimir

Circunstancia. Año VI - Nº 16 - Mayo 2008

Fundación José Ortega y Gasset

EL ESTADO DE LA CUESTION PENAL (visto desde la teoría de las generaciones de Ortega y Gasset)

Enrique Bacigalupo

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

Vivimos tiempos de cambios generacionales impuestos por el derecho administrativo de las universidades. Es un tiempo de balances y de proyectos futuros. La teoría de las generaciones de *Ortega y Gasset* es adecuada para configurar el marco de un ensayo de exposición del estado de la cuestión en el derecho penal y en la filosofía de la pena en el devenir de mi generación. De todas sus explicaciones al respecto, prefiero referirme sobre todo a las de *"El tema de nuestro tiempo"* (1923), publicado al llegar a los cuarenta años, pues allí se desarrollan puntos sustanciales de su pensamiento y se percibe una verdadera transformación de la filosofía española: la idea de las generaciones, que venía exponiendo desde 1914, se desenvuelve en el contexto temporal del pensamiento y consecuentemente con la distinción entre épocas de *"filosofía pacífica"* y épocas de *"filosofía beligerante"*, entre *"épocas acumulativas"* y *"épocas eliminadoras y polémicas"*. La palabra "filosofía" puede ser reemplazada por la palabra "pensamiento". En realidad, son épocas del pensamiento. Es discutible si estas categorías temporales son totalmente contrapuestas o si en una misma época pueden convivir varias actitudes generacionales, pero los conceptos son útiles.

Siempre he pensado que estas nociones de la filosofía de *Ortega* provienen de la reflexión sobre su propia experiencia vital. Él fue un modelo de intelectual español de una gran parte del siglo XX: el intelectual formado fuera de España, principalmente en Alemania y que regresa a España para intentar entender su realidad con categorías de una cultura científica surgida en otro país y expresada en otro idioma.

Su paralelo en el Derecho Penal fue *Luis Jiménez de Asúa*: quien también podría haber dicho como *Ortega*: "Yo he anexionado todo el mundo de habla española al magisterio de Alemania" (Prólogo para alemanes, publicado póstumamente en 1958).

El tema del tiempo de mi generación de penalistas, la que comienza a participar de la vida científica del derecho penal en la segunda mitad de los años sesenta del siglo XX, en definitiva, ha sido precisamente el de cómo elaborar la recepción de la cultura jurídico-penal alemana y su aplicación a nuestra realidad. A mi generación correspondió completar la tarea iniciada por *Jiménez de Asúa*.

Al cabo de los años tengo la impresión de que hemos reflexionado poco sobre esta cuestión. La recepción de una cultura espiritual como la jurídica o la literaria es extremadamente compleja. Se corren peligros no insignificantes. En su exilio de París escribía *Heinrich Heine* en 1852: "Los franceses creyeron en el último tiempo haber llegado a una comprensión de Alemania conociendo las producciones de nuestra literatura. A través de ella, sin embargo, se han elevado del estado de total ignorancia al de la superficialidad. Pues nuestras producciones literarias son para ellos sólo flores mudas; todo el pensamiento alemán les seguirá siendo un auténtico dilema indescifrable mientras no conozcan el significado de la religión y la filosofía en Alemania"^[1].

Nuestra problemática ha sido la del jurista que se forma y estudia en Alemania (en algunos casos, como en el mío, no sólo estudia, sino que además vive), y regresa a su propio ámbito cultural. Siempre creí que éste es el gran tema que *Ortega* enfrentó en "Las Meditaciones del Quijote", cuando, recién venido de Alemania formuló la conocida frase de *"yo soy yo y mis circunstancias"*.

En ese libro *Ortega* planteaba el gran problema de lo que yo llamaría el "intelectual dividido", dividido en una zona categorial y en una realidad supuestamente determinante de las categorías de su pensamiento, en nuestro caso jurídico. El intelectual que piensa con categorías de otra cultura y expresadas en otro idioma del de la propia realidad de su medio cultural. Es claro que *Ortega* percibió el problema del idioma cuando en 1937 publicó un breve ensayo en La Nación de Buenos Aires sobre "Miseria y esplendor de la traducción" en el que señalaba que las lenguas se forman en paisajes y experiencias diferentes y subrayaba que "es falso, por ejemplo, suponer que el español llama bosque a lo mismo que el alemán llama *Wald*, sin embargo, el diccionario nos dice que *Wald* significa bosque". Si desarrollamos la idea hasta el final cabe preguntarse: ¿Es posible ser kantiano o hegeliano en un ámbito que no ha sido ni el de *Kant* ni el de *Hege*? En una cultura de recepción, todo regreso puede ser una revolución científica: el de *Ortega*, el de *Jiménez de Asúa*, el de *Negrín* y, en general, el de la generación del 14 lo fue.

¿Cómo superar esa dualidad? *Ortega* se enfrentó con el pre-judicio de las "nieblas germánicas" y la "claridad latina" (Obras III, p. 773) que surgía de la obra de Menéndez Pelayo.

Y concluía: "No hay tales "nieblas germánicas", ni mucho menos tal "claridad latina" (p. 773).

Lo ejemplificaba convencido cuando sostenía que en la cultura mediterránea "encontramos sólo dos cimas [ideológicas] capaces de emular las magníficas cumbres de Germania: el pensamiento renacentista italiano y *Descartes* (...) hemos de reconocer en ellos todas las virtudes, salvo la claridad -dice *Ortega*-. *Leibniz* o *Kant* o *Hegel* son difíciles, pero son claros como una mañana de primavera; *Giordano Bruno* y *Descartes* tal vez no sean del mismo modo difíciles, pero, en cambio son confusos" (777).

Pero, como la dualidad de todos modos persiste *Ortega* redefinió la diferencia y reconoció que: "para un mediterráneo no es lo más importante la esencia de una cosa, sino su presencia, su actualidad: a las cosas preferimos la sensación viva de las cosas" (779).

Lo nuestro -concluía *Ortega*- es "sensualismo": "el predominio de los sentidos arguye de ordinario falta de potencias interiores. ¿Qué es [el] meditar comparado al ver?" (781).

Algunos aspectos de estas ideas pueden haber devenido discutibles. Pero, en lo esencial, siguen siendo, a mi modo de ver, válidas: ¿Cómo meditar allí donde el ver las cosas es preferible al pensamiento sobre las cosas?

Los penalistas de mi generación se enfrentaron a la primera renovación del pensamiento dogmático-penal posterior a la guerra. Es una generación que, como la anterior, creció y se desarrolló en medio de dos culturas. No sé si sobre esta cuestión se había reflexionado suficientemente cuando se elaboraron los planes de la Junta de Ampliación de Estudios. Probablemente faltaron en aquel tiempo las experiencias que hubieran dado lugar a esa reflexión.

Nosotros llegamos al derecho penal en los tiempos finales de una época, precisamente una época que, en parte al menos, había sido el telón de fondo del pensamiento de *Ortega y Gasset* y *Jiménez de Asúa*.

En España y en América se percibía el agotamiento de un pensamiento jurídico dominado por el derecho penal del positivismo, primero por el del neokantismo alemán después, que proponía superar el carácter amorfo del mundo material y definir el objeto a través del método. El tiempo del neokantismo tuvo manifestaciones simbólicas en cuatro obras: la lección inaugural de *Jiménez de Asúa* en 1931, fuertemente influida por *Max Ernst Mayer*, la publicación de las notas de *Rodríguez Muñoz* a la traducción del Tratado de *Mezger*, el Derecho Penal de *Antón Oneca* de 1949, en cierto sentido, la parte general del derecho penal de *Sebastián Soler* publicada en 1940 en Buenos Aires. También fueron tiempos dominados por la idea de la pena como prevención especial.

En Alemania, este estilo de pensamiento ya había sido puesto en duda en los años 40 y 50: en los años de la discusión en torno a la teoría finalista de la acción de *Hans Welzel*, que estaba inspirada en la filosofía y la ética de un compañero de reflexiones filosóficas de *Ortega* en los días Marburg: *Nicolai Hartmann*. La tesis de *Welzel*, que no aceptó que el método definiera el objeto del conocimiento y postuló lo contrario, implicaba también una revisión del método del derecho penal y al mismo tiempo la introducción de nuevos valores que modificaron radicalmente la estructura de la teoría del delito y la concepción de la culpabilidad. También la teoría de la pena se vio afectada: en este terreno la restauración de la retribución fue vista como una forma de huir de los horrores de los que se responsabilizaba al positivismo; la prevención especial, como fundamento legitimante de la pena fue seriamente relativizada por los límites que imponía al derecho penal de la dignidad de la persona de *Kant* y *Hegel*, que en los años inmediatamente posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial, adquirió singular importancia, especialmente a causa del repudio generado por el genocidio.

Esta visión del derecho penal estaba en su fase final cuando en la segunda mitad de los 60 llegaron a Bonn, a Hamburg, a Heidelberg o a München los penalistas españoles y latinoamericanos de mi generación (entre otros: *José Cerezo* y *Enrique Gimbernat* desde Madrid, *Juan Bustos* desde Chile, *Juan Córdoba Roda*, desde Barcelona, *Marino Barbero Santos* desde Salamanca, *Fabio Suárez Montes*, desde Oviedo, *Francisco Muñoz Conde*, desde Sevilla, y yo mismo desde Buenos Aires).

El sistema de la teoría finalista no fue abandonado, pero sus bases filosóficas dejaron de ser el fundamento del sistema de la teoría del delito. Su teoría de la pena, por el contrario, fue seriamente puesta en duda con la crítica del Proyecto gubernamental alemán de 1962. Cuando el finalismo comienza a difundirse en España y en América ya era cuestionado en Alemania. Su principal preocupación, la de fijar lo constante de la ciencia jurídica frente a lo relativo y pasajero de la misma ya no preocupaba especialmente a los penalistas.

Mi generación, fue, por lo tanto, vista desde la perspectiva alemana, una generación de transición y como toda generación de transición su problema central fue el descubrimiento de su norte científico. Pero, desde el punto de vista de la cultura hispanoparlante fue una generación beligerante, tuvo a su cargo la revisión total de la ciencia del derecho penal de nuestro medio.

Introducimos nuevos temas y tratamos temas conocidos de otra manera. Nuestra atención se dirigió al sistema de la teoría del delito, al error, a la conciencia de la antijuricidad, al principio de culpabilidad, a los delitos de omisión, a la imprudencia, a la autoría y a la participación, pero no dedicamos estudios especiales a la teoría de la pena. Tampoco lo hizo la brillante generación que siguió a la nuestra por las universidades y los institutos alemanes.

Vivimos, en suma, la fase histórico-dogmática que hoy se denomina "post finalismo". Pero, es necesario aclarar que el post-finalismo no es una escuela. Fue un tiempo de difícil orientación teórica y de plurales ensayos.

Entre 1970 y 1990 el marco científico cambió. Nuestro problema fue la *política criminal*: pasamos de la preocupación por la *lege lata* a otra por la *lege ferenda*. Si la ley penal no es un imperativo categórico, como sostenía *Kant*, su contenido debe ser una decisión política dirigida a obtener ciertos fines. Queríamos, por lo tanto, saber qué nuevas ideas debían llevarse a cabo en las leyes penales; cómo reformar el derecho penal en el marco constitucional del Estado social y democrático de derecho.

La salida de una dictadura configuraba un ámbito histórico muy apropiado para esta nueva actitud.

La preocupación por la política criminal, sin embargo, no fue sólo eso; tuvo también una repercusión en el método: en 1970 *Roxin* publicó su famoso escrito "Política criminal y sistema del derecho penal" (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*) en el que retomaba y modernizaba ideas expuestas por *Radbruch* en 1930. Las soluciones dogmáticas debían orientarse -al contrario de lo que sostenían los finalistas- teleológicamente, por lo tanto, a satisfacer el fin de la pena, que básicamente seguía siendo la prevención especial, aunque limitada por la gravedad de la culpabilidad.

En la política criminal en sentido estricto la idea de la resocialización del autor tuvo tanta fuerza que en España fue incorporada al art. 25.2 CE. Pero, lamentablemente, entre nosotros las repercusiones no fueron

extraordinarias en la reforma del CP. 1995, que no es un código moderno ni mucho menos. Como consigna político-criminal la resocialización del autor del delito se manifestaba en la liberalización de la libertad condicional, de la condena condicional, en los nuevos institutos de terapia social, en la ejecución penal como tratamiento, etc.

La redefinición de los límites trazados por el positivismo entre lo social y lo político y lo jurídico, que caracterizó esta época del derecho penal, fue, en no pocas ocasiones, mal entendido entre nosotros: hubo una cierta tendencia a suponer que implicaba que la legalidad debía retroceder ante las valoraciones que los tribunales consideraran político-criminalmente correctas. Esta tendencia -que borra los límites entre la creación y la aplicación del derecho- se manifiesta, en el recurso, frecuentemente desacertado, al llamado principio del "derecho penal mínimo". Pero, lo cierto es que en sus orígenes nadie sostuvo una tesis semejante, como la que acabo de exponer y que el tradicional valor de la legalidad no debió ser afectado por las nuevas tendencias de la dogmática alemana.

A partir de 1990 este panorama cambió nuevamente. Al optimismo de los años 60 siguió el pesimismo. La legitimación de la pena en la resocialización del autor era evidentemente desmentida por los resultados.

Por esta razón en la reforma alemana de los 70 ni siquiera los avanzados penalistas que elaboraron el Proyecto Alternativo en 1966 se habían arriesgado a prescindir de la prisión perpetua o de la custodia de seguridad, aunque en la ejecución de esta medida acentuaron notablemente los aspectos de tratamiento socio-pedagógico intensivo bajo el cambio de rúbrica del internamiento en los institutos de terapia social y admitieron la libertad anticipada para la prisión perpetua.

La nueva actitud, "la variedad de la sensibilidad vital", diría *Ortega*, determinó un cambio que puede ser considerado el gran tema de mi generación y de las dos que le siguieron. Se manifiesta en dos ámbitos diferentes: el de la teoría de la pena y el del sistema de la teoría del delito. Estos temas no son sólo beligerantes respecto de las generaciones pasadas, son también la materia de nuestros desacuerdos. Una generación, podríamos decir, no es un partido, sino un conjunto de opiniones individuales diversas sobre un objeto común.

En el ámbito de la teoría de la pena la teoría de la prevención general positiva redefine la finalidad de la pena: ésta tiene la función de ratificar la norma violada por el autor y poner de manifiesto que esa norma sigue vigente. Sólo ciertas consideraciones superficiales pueden hacer creer que esta nueva concepción excluye el principio de humanidad y alienta una renuncia al tratamiento en la ejecución penal. Sólo se trata de una nueva consideración de la finalidad de la pena, que no excluye la reeducación, en lo posible, del autor del delito.

Quien analice la discusión actual comprenderá rápidamente que esta nueva concepción abre una problemática que permitirá una revisión profunda del sistema penal actual: desde *Grotius* nadie dudó que la pena es un mal que debe sufrir el autor. El problema actual no da por supuesto ni acepta como evidente que la reprobación de la conducta contraria a la norma, la ratificación de la norma vulnerada, legitime, sin más, la aplicación de un mal. En la discusión actual no se cuestiona el reproche; nuestro problema actual es justificar el mal inherente a la pena. Es obvio, por otra parte, que esta concepción de la pena no implica el llamado y mal entendido derecho penal del enemigo, es decir, como se ha dicho, el "derecho penal ensuciado por el derecho de policía". En todo caso, el derecho penal del enemigo no es la propuesta de un programa, sino también una denuncia del estado del derecho vigente, cuyas instituciones penales tratan en ciertos casos al autor no como una persona culpable, sino como una fuente de peligro para la sociedad. Cuestión aparte es la legitimidad de este derecho existente.

En el sistema de la teoría del delito el cambio de la fisonomía es notable: las categorías que aprendimos como estudiantes ya no fueron las que enseñamos como jóvenes docentes primero y como profesores más tarde. Las que enseñamos en un tiempo tampoco son las que hoy postulamos. Cuestiones básicas como la distinción entre acciones y omisiones, como la relación de causalidad y la posición de garante han sido fuertemente transformadas por nuevas visiones de la imputación objetiva, que ya no es sólo una teoría de la relación entre la acción y el resultado, sino una teoría de la tipicidad. Los límites entre el dolo y la imprudencia ya no son los mismos. Yo no sé muy bien cómo se resolverán los problemas de la teoría de la justificación con la introducción del principio de proporcionalidad, cómo se armonizará, si es posible, la imputación objetiva con la distinción entre tipicidad y antijuricidad ni cuál será la configuración futura del concepto de culpabilidad. En suma: el prototipo del delito al que se refiere la dogmática actual no es el del homicidio, las lesiones, el aborto o el daño, es decir, no es el de los delitos "visibles". La dogmática de hoy tiene otro prototipo: el de los delitos "invisibles", como la mayoría de los de la criminalidad económica, por ejemplo. El prototipo del delito de la teoría actual de hecho punible lo constituyen probablemente los delitos imprudentes de omisión.

Permítaseme, para concluir, imaginar ahora explicarle a *D. Luis Jiménez de Asúa* todo lo ocurrido desde que nos dejó en 1970. Imagino proponerle nuestras cuestiones y las soluciones actuales, nuestra forma de ver las cosas. Creo no equivocarme respecto de su reacción. Me escucharía atentamente. Luego, el hombre erguido que era me miraría fijamente y levantando el arco de su ceja derecha en señal de duda me diría: "¿Está Ud. seguro?" Yo le contestaría: "Don Luis: Ud. me enseñó que en la ciencia no hay conclusiones definitivas".

[1] *Heinrich Heine*, Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland, 1ª edición 1934, 2ª edición 1852, en Beiträge zur deutschen Ideologie, (Ullstein Buch, 1971, con introducción de *Hans Mayer*), p. 1 y ss. (9).

Circunstancia. Año VI - N^o 16 - Mayo 2008

Colaboran en este número

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

- **Enrique Bacigalupo Zapater.** Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo. Fundador del Seminario de Derecho Penal, Filosofía del Derecho Penal y Derecho Penal Comparado de la Fundación José Ortega y Gasset. Miembro de la Comisión de Expertos redactora de Corpus Juris para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

- **Juan Delgado.** Licenciado en Ciencias Económicas por la Universidad de Londres. Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Murcia. Ha trabajado como experto de la Unión Europea en Rumanía y de la Oficina contra el Crimen y la Droga de la Organización de las Naciones Unidas en Venezuela. Asesor jurídico de la Organización de las Naciones Unidas en la Misión en Kosovo. Profesor en la Universidad de Murcia, Nacional de Educación a Distancia e invitado en la Católica de Asunción y en la Escuela Nacional de la Magistratura en Venezuela. Ha publicado tres libros en solitario, dos participaciones en obras colectivas y varios artículos en revistas.

- **Miguel Ángel Encinar del Pozo.** Magistrado, actualmente desempeña el puesto de Letrado del Tribunal Supremo (adscrito a la Sala de lo Penal). Participa de forma habitual en cursos y seminarios de formación de jueces y magistrados y de personal al servicio de la Administración de Justicia. Así mismo, tiene publicados diversos artículos referidos a cuestiones de naturaleza civil y penal. Recientemente, ha publicado un libro de carácter práctico sobre la Ley de Dependencia, junto con la abogada Ana Isabel Lafuente Cubillo.

- **Virio Guido Stipa.** Licenciado en Derecho en la Universidad de Teramo, Italia, en 2000, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con una tesis de Derecho penal sobre *Delitos de la Tecnología de la información*. Desde entonces está vinculado con el Departamento de Derecho penal de dicha universidad en un I&D dirigido por el Prof. D. Enrique Gimbernat. Desde el 2001 es miembro del Seminario de Derecho Penal de la Fundación José Ortega y Gasset dirigido por el Prof. Enrique Bacigalupo

- **M^a del Carmen Molina Mansilla.** Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Ávila. Licenciada en Derecho por la Universidad de Alcalá y Doctora en Derecho Penal por dicha Universidad. Es también abogado no ejerciente ICAM y tiene un Máster en Asesoría Jurídica (MAJ) en la Escuela de Práctica Jurídica Colex. Miembro del Seminario de Derecho Penal de la Fundación José Ortega y Gasset dirigido por el Prof. Enrique Bacigalupo.

- **Michael Pawlik.** Es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Rostock. Doctorado en Derecho por la Universidad de Bonn, especializado en teoría del derecho.

- **Zainer Pimentel.** Abogado.

Imprimir

Circunstancia. Año VI - N^o 16 - Mayo 2008

Normas para el envío de originales

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. La extensión total de los trabajos no deberá exceder de 30 páginas (10.000 palabras) en formato Word (Verdana, 10) a doble espacio, incluyendo cuadros, gráficos, mapas y referencias bibliográficas.
2. Los gráficos y cuadros se limitarán al mínimo imprescindible.
3. Cada artículo deberá ir precedido de una página que contenga el título del trabajo y el nombre del autor o autores, junto con su dirección, e-mail y teléfono, así como un breve currículum del autor o autores (no más de 10 líneas). En página aparte se incluirá también un breve resumen (abstract) del trabajo de unas 150 palabras y una lista de palabras clave (keywords), con no más de 8 términos. Tanto el resumen como la lista de palabras clave deben tener una versión en español y otra en inglés.
4. Las notas y referencias bibliográficas irán al final del artículo bajo los epígrafes correspondientes: Notas y Referencias bibliográficas. Estas últimas estarán ordenadas alfabéticamente por autores siguiendo el siguiente criterio: apellido y nombre (en minúsculas) del autor o autores, año de publicación (entre paréntesis y distinguiendo a, b, c, en caso de que el mismo autor tenga más de una obra citada en el mismo año), título del artículo (entre comillas), título de la revista a la que pertenece el artículo (en cursiva o subrayado), lugar de publicación (en caso de libro), editorial (en caso de libro), número de la revista, y páginas (xx-yy, en caso de un artículo de revista o de una contribución incluida en un libro). Cuando se trate de artículos o libros traducidos y se cite de acuerdo con la traducción, el año que debe seguir al nombre del autor será el de la edición original, en tanto que el año de la versión traducida figurará en penúltimo lugar, justo inmediatamente antes de la referencia a las páginas. Las referencias bibliográficas que aparezcan en el texto o en las notas deberán hacerse citando únicamente el apellido del autor o autores (en minúsculas) y entre paréntesis el año y, en su caso, la letra que figure en las Referencias bibliográficas, así como las páginas de la referencia.
5. Los cuadros, gráficos y mapas incluidos en el trabajo irán numerados correlativamente, incluyendo además su título y fuente. Si el cuadro o gráfico se ha realizado en Excel deberá ser importado al texto en forma de imagen.
6. El formato de texto no incluirá ni encabezado ni pie de página.
7. Los trabajos se enviarán a la siguiente dirección de correo electrónico: circunstancia@fog.es. El Consejo de Redacción acusará recibo de los originales, pero no se compromete a mantener correspondencia sobre los mismos salvo cuando sean aceptados o hayan sido expresamente solicitados. Una vez evaluados los textos originales, se resolverá sobre su publicación en un plazo no superior a cuatro meses desde la recepción. *Circunstancia* se reserva, cuando se estime conveniente, el derecho de introducir mínimos cambios de estilo respetando siempre el sentido del texto.

Imprimir