

# Cuadernos de Derecho Penal



9

**DERECHO PENAL  
Y DERECHO INTERNACIONAL**



**UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA**

**Escuela de Derecho**

Departamento de Derecho Penal

Grupo de Investigación en Ciencias Penales  
y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas"

# Cuadernos de Derecho Penal

9

## Director:

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

## Coordinador:

Carlos Augusto Gálvez B.

## Sección Doctrina

- “Irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables”. *Emiliano Borja Jiménez*.
- “La regulación del aborto en España tras la ley orgánica 2 de 2010”. *Joan J. Queralt*.
- “Crímenes de lesa humanidad y Corte Penal Internacional”. *Kai Ambos*.

## Sección Jurisprudencia

- “La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal. *Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial*”. *Fernando Velásquez Velásquez y Christian Wolffhügel Gutiérrez*.

## Bibliografía

- HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Introducción a la Criminología y a la Política criminal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.012, 257 páginas. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez*.
- ISRAEL, JEROLD H./KAMISAR, YALE/LAFAVE, WAYNE R./KING, NANCY J., Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio, Gómez Colomer, Juan-Luis, et al. (Trad.) Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, 1413 páginas. *Manuel Jesús Dolz Lago y Juan Pablo Sierra Piñeros*.
- VÉLEZ OSORIO, LUIS GONZAGA, Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín, Universidad de Antioquia-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012, 210 páginas. *John E. Zuluaga Taborda*.

## Entrevista

- PROFESOR MARIO TRAPANI. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez*.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA  
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N<sup>o</sup>. 9

**DIRECTOR**

Fernando Velásquez V.

**COORDINADOR**

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.

**COMITÉ EDITORIAL**

José Hurtado Pozo.

Alfonso Cadavid Quintero.

Ricardo Molina López.

Juarez Tavares.

Fernando Velásquez Velásquez.

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.

Guillermo Portilla Contreras.

Lotario Vilaboy Lois.

**COMITÉ CIENTÍFICO**

Emiliano Borja Jiménez.

Luis E. Chiesa Aponte.

Juan Luis Gómez Colomer.

Walter Perron.

John D. Vervaele.

Ricardo Posada Maya.

Kai Ambos.

Renzo Orlandi.

**CONSEJO ASESOR**

Álvaro Vargas.

Mario Trapani.

Nódier Agudelo Betancur.

Oscar Julián Guerrero Peralta.

Hernán Gonzalo Jiménez Barrero.

Carlos Roberto Solórzano Garavito.

Claudia Helena Serje Jiménez.

Hernando León Londoño Berrió.

André Scheller D' Angelo

**CORRECTOR DE ESTILO**

Fernando Velásquez V.

**DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**

Maruja Esther Flórez Jiménez

**DISEÑO CARÁTULA**

Maruja Esther Flórez Jiménez

Primera edición: junio de 2013.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa  
autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones  
Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40  
Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. [www.usa.edu.co](http://www.usa.edu.co) Fax: 3 17 75 29.

ISSN: 2027-1743

# Contenido

<b>I. PRESENTACIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>II. DOCTRINA</b>	
- Irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables. <i>Emiliano Borja Jiménez.....</i>	13
- La regulación del aborto en España tras la ley orgánica 2 de 2010. <i>Joan J. Queralt.....</i>	61
- Crímenes de lesa humanidad y Corte Penal Internacional. <i>Kai Ambos.....</i>	95
<b>III. JURISPRUDENCIA</b>	
La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal. <i>Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial". Fernando Velásquez Velásquez y Christian Wolffhügel Gutiérrez.....</i>	143
<b>IV. BIBLIOGRAFÍA</b>	
-HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Introducción a la Criminología y a la Política criminal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.012. <i>Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.....</i>	183
-ISRAEL, JEROLD H./KAMISAR, YALE/LAFAVE, WAYNE R./KING, NANCY J., Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introdutorio, Gómez Colomer, Juan-Luis, et al. (Trad.) Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012. <i>Manuel Jesús Dolz Lago y Juan Pablo Sierra Piñeros.....</i>	197
-VÉLEZ OSORIO, LUIS GONZAGA, Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín, Universidad de Antioquia–Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012. <i>John E. Zuluaga Taborda.....</i>	211
<b>V. Entrevista</b>	
- PROFESOR MARIO TRAPANI. <i>Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.....</i>	229



# I Presentación





A partir de este número hemos reorganizado los cuadros de dirección, por lo cual la Revista cuenta ahora con un Comité Editorial, un Comité Científico y un Comité Asesor, integrados por muy prestantes figuras de la discusión jurídico-penal contemporánea; además, ingresa como Coordinador el señor Carlos Augusto Gálvez Bermúdez –a la vez Asistente Académico del Director de Departamento de Derecho Penal– en reemplazo de la Señora Lizbeth Barrera Rodríguez, quien ahora presta sus servicios a otro proyecto nacido al interior de esta dependencia: el nuevo Tecnológico en Criminalística.

La habitual *sección de doctrina* se dedica en esta oportunidad a tres trabajos. Uno, del cual es autor el Catedrático de la Universidad de Valencia (España), el Profesor Emiliano Borja Jiménez, intitulado como “Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables”, que toca con la llamada “Doctrina Parot”; un estudio llamado a generar el debate en una materia siempre polémica: evitar la puesta en libertad de sujetos considerados peligrosos o socialmente indeseables con la consiguiente vulneración de los principios más caros al Derecho Penal demoliberal, como han dispuesto en épocas recientes en diversos pronunciamientos los tribunales constitucionales español y alemán. Decisiones que, como producto de un Derecho Penal en expansión tributario de un Derecho Penal de autor, han sido revocadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en valiente decisión que ocupa la atención de dicho catedrático.

Así mismo, tras la reciente regulación española en materia de aborto, el Profesor de la Universidad de Barcelona, Joan Queralt, se ocupa de ella en un trabajo que intitula como “La regulación del aborto en España tras la Ley orgánica 2 del 2010”. Con tales miras, examina el bien jurídico vida y opta por el interés demográfico de la sociedad como objeto de dicha tutela; además, examina las diversas figuras en esta materia y, en especial, aborda los eventos de despenalización



en el marco del nuevo sistema adoptado por el legislador hispano en estas materias: el *sistema de plazos, con excepcionales indicaciones*. No está por lo demás señalar que esta reforma contrasta, de forma franca, con la política criminal que en este ámbito acoge el legislador colombiano, por lo cual este estudio está llamado a alimentar el necesario debate sobre el asunto.

Para culminar, el Profesor de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) Kai Ambos, en su trabajo “Crímenes de lesa humanidad y Corte Penal Internacional”, examina tan importante problemática cuyo efecto plantea la necesidad de que se expida una convención especializada para la investigación, juzgamiento y castigo de esos atentados (*crimes against humanity*); con tales miras, hace un estudio crítico del art. 7° del Estatuto de Roma y lo compara con las previsiones del *Proyecto de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad*; al final se consigna como anexo su propia propuesta.

La *sección de jurisprudencia* se destina esta vez a examinar, de forma crítica, la sentencia expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, fechada el día diez de abril del 2013 –que condena a un juez por prevaricato, no tanto por haber emitido una decisión contraria de forma manifiesta a la ley (lo que se ha debido hacer) sino, lo que es más grave, por haber desconocido un borroso “precedente judicial”– en la cual se asevera que la jurisprudencia expedida por ese organismo es fuente formal del Derecho Penal, por encima incluso del proceso legislativo penal que, ahora, es arrinconado por los supremos jueces nacionales más preocupados por demoler el milenar principio de legalidad, uno de los más grandes legados de la civilización humana. Por supuesto, las afirmaciones contenidas en ese proveído –que además desconocen todo el andamiaje del Derecho Penal vigente– mucho desdicen de la historia, la teoría del derecho político e, incluso, de la teoría del conocimiento. Con tales miras, tanto el suscrito como el Profesor adscrito a la Escuela de Derecho, Christian Wolffhügel Gutiérrez, destinan sendos comentarios críticos con los cuales buscan no solo llamar la atención sobre este tipo de decisiones y abrir el necesario debate, sino abordar esos planteos a la luz de la normativa constitucional vigente, con la cual no se armonizan.

Además, la *sección de bibliografía* se ocupa de varias obras: de un lado, el Coordinador de la Revista, Carlos Augusto Gálvez Bermúdez, hace una reseña crítica de la reciente edición de la *Introducción a*

*la Criminología y al a Política criminal*, de la cual son autores los Profesores Hassemmer y Muñoz Conde; así mismo, el Fiscal Delegado ante el Tribunal Supremo Español y Profesor de la Maestría en Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal, el catedrático Dr. Manuel Dolz Lago hace una reseña del libro de ISRAEL/KAMISAR/LAFAVE/KING, intitulado como *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, traducido por un equipo de estudiosos liderados por el Profesor José Luis Gómez Colomer. La misma obra, valga la pena advertirlo, es también abordada desde la perspectiva colombiana por nuestro Asistente Juan Pablo Sierra Piñeros.

Esta sesión culmina con la reseña del estudioso John E. Zuluaga Tabora –doctorando de la Universidad de Göttingen, Alemania– de la obra de su coterráneo Luis Gonzaga Vélez Osorio, intitulada *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, editada en por la Universidad de Antioquia.

Así mismo, a partir de este número aparece una nueva sección con la cual se busca entrevistar de forma exclusiva para los lectores a un reputado cultor de las disciplinas penales; esta vez, el elegido ha sido el Profesor Ordinario de la Università degli Studi Roma Tre y de la Pontificia Universidad Lateranense, que también lo es de nuestros programas de posgrado en Derecho Penal, Mario Trapani.

En fin, para poner punto final en esta presentación queremos agradecer a todos nuestros lectores y colaboradores por las múltiples sugerencias, aportes y propuestas que han hecho para el desarrollo de la Revista, gracias a los cuales ella está llamada a continuar con su avance de tal manera que se convierta en una tribuna para el debate y la reflexión en el ámbito del Derecho Penal, en un momento en el cual se requiere de mucha ponderación para emprender los azarosos caminos que se viven en estos y otros ámbitos.

Fernando Velásquez V.  
Director



## II Doctrina





## IRRETROACTIVIDAD Y RETROACTIVIDAD PARA LOS PELIGROSOS O SOCIALMENTE INDESEABLES\*

PROF. DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ\*\*

### RESUMEN

Se realiza un estudio comparativo de dos casos enjuiciados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: M. contra Alemania y Del Río Prada contra España; en ambos, los tribunales constitucionales de esos países actuaron como poder del Estado y no como defensores de la Constitución, al evitar la puesta en libertad de sujetos considerados peligrosos o socialmente indeseables. Esa prolongación de la privación de libertad se llevó a cabo violando principios básicos del sistema penal y constitucional, y es fruto de una política criminal regresiva; por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara violados los principios de legalidad penal y de libertad, tutelados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, para lo cual no solo recurre a una interpretación material de los derechos y principios menoscabados, sino que rechaza los argumentos formales que encubren su vulneración.

### PALABRAS CLAVE

Estado de Derecho, sistema penal, Derecho Penal garantista, principio de legalidad penal, principio de culpabilidad, principio de irretroactividad desfavorable al reo, peligrosidad, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, medios de comunicación de masas.

---

\* El presente trabajo refleja alguna de las conclusiones de mi participación en el Proyecto I+D, otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad, "Derecho Penal de la peligrosidad y medidas postdelictuales para prevenir la reincidencia en delitos sexuales y de violencia de género (II)", (DER2012-38983), dirigido por el Prof. Dr. Enrique ORTS BERENGUER, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

\*\* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal de nuestro entorno geopolítico y cultural se estructura con base en dos axiomas fundamentales: los principios de legalidad y culpabilidad. Ambos constituyen dos garantías básicas para el ciudadano que se aproxima o ingresa en el sistema penal. Según el primero, el autor de una conducta solo podrá ser castigado cuando su comportamiento sea calificado como delito y sancionado con una pena por una ley anterior a su perpetración. El segundo, le asegura que la imposición de la sanción penal se le aplicará en la medida en que, al momento de cometer la infracción, sea responsable de sus actos. De este modo, las sociedades democráticas utilizan el instrumento punitivo de forma racional y legítima, con la pretensión de alcanzar una pacífica convivencia de sus ciudadanos salvaguardando los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la comunidad.

A su vez, de estos principios se derivan otros que también han ido configurando el moderno Derecho Penal occidental. Interesa destacar ahora algunas de esas garantías clásicas y profundamente asentadas en el Estado de Derecho.

Así, el principio de irretroactividad, que prohíbe aplicar la ley penal a supuestos anteriores a su entrada en vigor, salvo que dicha ley favorezca al afectado. O el principio de responsabilidad por el acto aislado, que exige que el castigo tome en consideración el concreto hecho perpetrado, y no el carácter del infractor o la forma que éste tiene de conducirse en la vida. En este mismo sentido, se impone el axioma de la responsabilidad personal, que determina que el castigo sea la consecuencia del delito perpetrado por el sujeto, y no derive de otras circunstancias ni se le aplique a otros individuos ajenos al hecho enjuiciado. O la exigencia que establece que la pena sea adecuada no solo a la gravedad del injusto perpetrado, sino también a la culpabilidad del autor (lo cual implica, por ejemplo, que sea más intensamente penado el delito doloso que el imprudente).

Estas garantías han representado tradicionalmente un límite del poder punitivo del Estado. Se han constituido en primados básicos del Derecho Penal democrático que han levantado (en conocida expresión del penalista alemán Von Liszt) una barrera infranqueable de su política criminal. Es decir, la tarea que corresponde a todo poder público de hacer frente al delito, con medidas de prevención y represión, se llevará a cabo conforme a los criterios e intereses

que se consideren oportunos, pero no podrá superar las fronteras marcadas por estos principios constitucionales que inspiran el funcionamiento del sistema penal.

Evidentemente, el establecimiento de estas cautelas en dicho sistema penal en ocasiones trae como consecuencia que la forma de prevenir y castigar los delitos no sea del agrado de sectores relevantes de la ciudadanía, de los medios de comunicación de masas o de los políticos. Pues se considera que los delincuentes gozan de excesivas prerrogativas y que las víctimas carecen de derecho alguno. Semejante política criminal se califica como excesivamente escrupulosa, en la medida en que un exceso de celo en las garantías constitucionales de los infractores conduce a una fuerte inseguridad ciudadana.

Esas tendencias críticas con el Derecho Penal garantista se han acentuado en las últimas décadas. La inseguridad ciudadana suele formar parte de las preocupaciones más relevantes de la población en los sondeos de opinión. Conscientes de ello, los medios de comunicación de masas tienden a exagerar las noticias relativas a casos penales, ampliando la sensación de la indefensión de la sociedad frente a delincuentes muy peligrosos. Pues las noticias, informaciones y opiniones sobre esta temática son objeto de atención por parte de la opinión pública. La publicidad y las tendencias de opinión, a su vez, forman parte de los intereses de los partidos políticos y de los gobernantes. Y los programas electorales se llenan de promesas de hacer frente a la criminalidad de forma cada vez más intensa y con medidas punitivas más duras. Este proceso se está universalizando con el fenómeno de la globalización<sup>1</sup>.

Semejante forma de ver las cosas, que ha ido asentándose en la ciudadanía, en los medios de comunicación, en la clase política (y con ella, en el legislador); sin embargo, ha afectado en menor medida a la forma de actuación de los operadores jurídicos, especialmente

---

<sup>1</sup> En otros trabajos he defendido la tesis según la cual la ideología de la globalización está imponiendo un Derecho Penal funcionalista y simbólico, que en ocasiones atrae instituciones propias del denominado Derecho Penal del enemigo: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y concepciones del Derecho Penal. En: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIX. Universidad Santiago de Compostela, 2010, p. 141-206; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Acerca de lo universal y de lo particular del Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites. En: Revista General de Derecho Penal, núm. 18 (2012).



de los jueces y tribunales. Concededores de su independencia y de su imparcialidad frente a las presiones sociales y políticas, el poder judicial de los países democráticos ha seguido aplicando la ley penal bajo el escrupuloso prisma de los principios constitucionales. Y si alguna vez las altas instancias judiciales han sido permeables a la consideración de criterios político-criminales antes que a la Ley, el Tribunal Constitucional velaba por la intangibilidad de las garantías jurídico-penales. Hasta que, también aquí, llegaron las nuevas propuestas de interpretación y aplicación del Derecho Penal.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su Sentencia de 17 de diciembre de 2009, declaró contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ciertas reformas legislativas en materia de la medida privativa de libertad “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*), llevadas a cabo en Alemania, por atentar contra los derechos de libertad y seguridad, así como contra el mismo principio de legalidad penal<sup>2</sup>. Y este Tribunal Europeo, en resolución de 10 de julio de 2012, también declaró contrario al señalado instrumento internacional, por afectar a idénticos derechos y garantías, la actuación del Estado español a través de sus órganos jurisdiccionales, por la aplicación retroactiva de una nueva forma de computar el cumplimiento de la pena en sujetos condenados conforme al Código Penal derogado de 1973 (la denominada “Doctrina Parot”)<sup>3</sup>. Llama la atención, en ambos casos, que los respectivos tribunales constitucionales de Alemania y España habían refrendado la actuación, respectivamente, del legislador alemán y de los tribunales españoles, pese a la flagrante violación de las garantías jurídico-penales mencionadas. Ello representa una buena prueba de que estas tendencias político-criminales, que imponen la razón de Estado *seguridad* frente a *garantías constitucionales*, también han penetrado en la casa del Defensor de la Constitución.

---

<sup>2</sup> Sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009, asunto núm. 19359/04 (caso M. contra Alemania).

<sup>3</sup> Sentencia del TEDH de 10 de julio de 2012, asunto núm. 42750/09 (caso Del Río Prada contra España). En relación con el significado de esta sentencia, y a la interpretación que realiza el TEDH en materia de principio de legalidad y su afectación a la ejecución penitenciaria, LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot. En: InDret 4/2012, 25 p.

El presente trabajo pretende explicar la relación entre esta política criminal expansionista y el progresivo debilitamiento de los principios penales tradicionales en la reforma legislativa y en la jurisprudencia. Esta tarea sería imposible, por inabarcable, si no se concretase un ámbito determinado de esa política criminal, un aspecto específico de la reforma legislativa o de la interpretación jurisprudencial y sus repercusiones en una determinada garantía afectada. Las tres referencias señaladas (marco político-criminal, actuación legislativa o jurisprudencial y derecho fundamental menoscabado) se encuentran muy definidas en las dos resoluciones del TEDH que se han mencionado párrafos atrás. Y ocurre que existe un paralelismo llamativo en estos dos casos.

Se trataba de sujetos que tras el cumplimiento de la privación de libertad originalmente impuesta, tenían que recobrar la libertad. El legislador o los tribunales, sin embargo, querían impedir esa puesta en libertad de los reos por considerarlos todavía peligrosos o socialmente indeseables. Con la intención de que siguieran encerrados, se aplicó retroactivamente un plazo más amplio de su privación de libertad. Los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional avalaron esa aplicación retroactiva desfavorable a reo de la ley penal o de su interpretación. Y el TEDH consideró que dicha actuación violaba los derechos a la libertad y a la seguridad, y el principio de legalidad penal en su plasmación como prohibición de irretroactividad de medidas desfavorables al reo. Todo esto ha ocurrido, en asuntos distintos, en Alemania y en España.

Es por ello que, como criterio metodológico, y siguiendo el orden que se acaba de apuntar, se procede aquí al análisis, de forma común y paralela, de estas dos situaciones objeto de sendas resoluciones en el ámbito del enfrentamiento legislativo y jurisprudencial de la peligrosidad postdelictiva y su afectación a un principio fundamental como el señalado de irretroactividad de la ley penal desfavorable al sujeto afectado. La experiencia que nos muestran estos dos casos refleja que el poder público (legislativo o judicial) contempló como peligrosa la irretroactividad desfavorable al interno, y como conveniente el establecimiento de la retroactividad más gravosa al reo peligroso o socialmente indeseable. Peligrosa irretroactividad (la más gravosa) y por ello se aplicó retroactivamente la desfavorable (al afectado considerado peligroso o socialmente indeseable).

## II. LA PUESTA EN LIBERTAD DEL SUJETO PELIGROSO O SOCIALMENTE INDESEABLE, Y SU NEGACIÓN

La situación de partida que dio origen finalmente a la actuación del TEDH fue social y jurídicamente distinta en Alemania y en España, aunque la perspectiva político-criminal era bastante similar.

*A. La puesta en libertad del sujeto peligroso y socialmente indeseable en Alemania.* Corresponde con el supuesto de hecho enjuiciado por la famosa Sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009<sup>4</sup>. Para comprender exactamente el alcance del problema, es necesario realizar una muy breve explicación de la evolución jurídica y significado de la medida de custodia de seguridad en este país, y su afectación a quien, considerado peligroso, debía ser puesto en libertad.

En Alemania existe una medida de seguridad privativa de libertad prevista para sujetos imputables que reflejan peligrosidad tras el cumplimiento de la condena. Se denomina custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*). Esta institución fue introducida con la reforma de 24 de noviembre de 1933 (durante el régimen nacionalsocialista)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Tras la publicación de la mentada resolución, en Alemania, surgieron algunos comentarios relevantes. Así, GRABENWARTER, Christoph. *Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland*. *En*: *Juristen Zeitung* (2010), p. 857 y ss.; KINZIG, Jörg. *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*. *En*: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010), p. 233 y ss.; LAUE, Christian. *Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand: zugleich eine Anmerkung zu EGMR, M. vs. Deutschland v.17.12.2009–19359/04*. *En*: *Juristische Rundschau* (2010), p. 198 y ss.; RADTKE, Henning. *Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Hochstfrist? Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17.12.2009*. *En*: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010), p. 537 y ss.

<sup>5</sup> Sobre la evolución legal de la custodia de seguridad y sus fundamentos históricos y político-criminales, véase: ALEX, Michael. *Nachträgliche Sicherungsverwahrung: ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel*. Diss, Bochum, 2010, 180 p.; BALTZER, Ulrich. *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters: Eine Herausforderung an den Gesetzgeber*. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, 2005, 311 p.; BARTSCH, Tillmann. *Sicherungsverwahrung: Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*. Baden-Baden: Nomos, 2010, 404 p.; BÖHM, María Laura. *Der 'Gefährder' und das 'Gefährdungsrecht': eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011; KINZIG, Jörg. *Die*

No es éste el lugar adecuado para explicar detenidamente todos los requisitos de la medida y su evolución a lo largo del tiempo, dado que esta tarea ya fue objeto de un trabajo anterior<sup>6</sup>. Ahora tan solo interesa destacar resumidamente algunas de sus reformas para situar el concreto caso objeto de enjuiciamiento ante el TEDH.

Tal y como se acaba de señalar, la custodia de seguridad constituye una medida de auténtica privación de libertad que, con el internamiento, pretende proteger a la sociedad frente a futuros delitos y rehabilitar al sujeto. Desde su introducción en los años treinta, hasta 1998 no fue reformada (salvo en la antigua República Democrática de Alemania, donde se derogó en 1952). En este periodo, sin embargo, apenas se aplicó por su origen poco conciliable con las garantías democráticas. Se exigía para la imposición de la medida un pronóstico de peligrosidad revelado en el hecho, su constatación tras el cumplimiento de la condena y ciertos requisitos formales (tendencia al delito, condenas anteriores). Hasta el año 1998, la medida de internamiento no podía exceder de 10 años.

En este año, sin embargo, se aprobó la Ley contra los delitos sexuales y otros crímenes peligrosos<sup>7</sup>. Y, con ella, se agravó la custodia de seguridad, entre otras razones, porque, como se acaba de señalar, se eliminó, bajo ciertas circunstancias, el límite de internamiento de diez años que quedó a partir de entonces indeterminado. Tuvieron lugar sucesivas reformas que agravaban cada vez más intensamente los efectos de la medida o facilitaban su aplicación a un número más elevado de casos. Pero ahora no quiero extenderme más en este punto.

En la mentada STEDH de 17 de diciembre de 2009 se trataba de determinar la conformidad con los arts. 5.1 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>8</sup> de la aplicación de la reforma alemana

---

Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäte. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung. (2. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 364 p.; MILDE, Oliver. Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004. Hamburg: Verlag Kovač, 2006, 389 p.; MUSHOFF, Tobias. Strafe, Maßregel, Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2008, 690 p.

<sup>6</sup> En este sentido, BORJA JIMÉNEZ. Custodia de seguridad, Op. Cit. nota 1.

<sup>7</sup> *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*, de 26 de enero de 1998.

<sup>8</sup> Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad,

de la custodia de seguridad de 1998, que eliminó el plazo límite de esta medida, establecido hasta entonces en diez años (sustituyéndolo por otro de carácter indefinido).

En este caso, expuesto muy resumidamente, el demandante, que contaba con una muy amplia carrera delictiva, fue condenado en el año 1986 a una pena de prisión de cinco años, con la previsión de que tras el cumplimiento de la condena se le impondría una custodia de seguridad (que en aquel tiempo, estaba limitada a un máximo de diez años)<sup>9</sup>. Llegado el año 2001, el custodiado solicitó su puesta en libertad, pero se le aplicó retroactivamente la reforma legal de 1998, y como todavía se le consideraba peligroso, continuó privado de libertad, según resolución de los tribunales competentes. El asunto terminó en el Tribunal Constitucional que, en la Sentencia de 5 de febrero de 2004, mantuvo la constitucionalidad de la reforma legal de 1998 y de las decisiones judiciales que la aplicaban. El argumento, sobre el que se volverá en apartados posteriores, partía de la premisa de que la prohibición de retroactividad de medidas sancionatorias expresada en el art. 103, párrafo segundo, de la Ley Fundamental de Bonn (GG en adelante), solo alcanzaba a la pena, y no a la medida de seguridad. Y como la custodia de seguridad es una medida, y no una pena, no se violaría este principio constitucional básico del Derecho Penal.

En realidad, en este supuesto, y en otros muchos más, se trataba de impedir que un sujeto muy peligroso abandonara el establecimiento de internamiento. Su condena había sido de cinco años de prisión. Por ser peligroso, se le habían añadido diez años más de privación de libertad como medida de seguridad para evitar que perpetrara durante ese periodo ulteriores hechos delictivos. Pero cuando, conforme a la legislación vigente en el momento en que cometió los ilícitos y fue enjuiciado, tenía que recobrar la libertad, se le aplica retroactivamente una reforma penal que establece un encierro indeterminado (que podría ser, por tanto, indefinido). De hecho, una

---

salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;... Artículo 7. No hay pena sin ley. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

<sup>9</sup> En este sentido, STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 12-37.

condena de 5 años de prisión se convirtió, hasta el momento en que dictó sentencia el Alto Tribunal europeo, en una privación de libertad de 23 años, de los cuales más del triple (18 años) correspondían a la aplicación de la custodia de seguridad.

La irretroactividad desfavorable se concibió como peligrosa. Y se contempló como conveniente la aplicación retroactiva más gravosa, pues se trataba de un sujeto peligroso, de un sujeto socialmente indeseable.

**B.** *La puesta en libertad del sujeto socialmente indeseable en España.* El caso enjuiciado por el TEDH en la Sentencia de 10 de julio de 2012 (asunto *Del Río Prada contra España*) también muestra ciertos paralelismos con el anterior. Se trataba de un reo de delitos de terrorismo que tenía un amplísimo historial delictivo (cuyas condenas sumaban más de 3000 años de prisión). Con arreglo a la normativa que regía cuando los hechos fueron perpetrados (Código Penal de 1973), el máximo de cumplimiento de la pena de reclusión era 30 años. Conforme a la doctrina jurisprudencial tradicional que constantemente había interpretado las reglas de aplicación de las penas del C. P. de 1973, sobre esos 30 años en conjunto se determinaban los beneficios penitenciarios que disminuían la privación de libertad. Pero cuando un compañero de la recurrente años atrás, Henri Parot, otro reo de terrorismo con una sangrienta carrera criminal a sus espaldas, tenía que abandonar la cárcel, los tribunales españoles decidieron cambiar las reglas de determinación de la pena de cumplimiento en su relación con la aplicación de beneficios penitenciarios<sup>10</sup>. La razón era la misma que en el caso alemán. Se quería impedir que Parot y sus compañeros de banda terrorista y otros criminales indeseables abandonaran “tan pronto” la prisión<sup>11</sup>. Y es entonces cuando se

<sup>10</sup> La denominada “Doctrina Parot” se estableció en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 197/2006, de 28 de febrero.

<sup>11</sup> Son muchos los trabajos que se han publicado en relación con esta “Doctrina Parot”. Citaré algunos representativos: ORTS BERENGUER, Enrique. Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda de lo penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (caso Parot). *En*: *ReCrim* (2009), p. 27 y ss.; SANJUÁN GARCÍA, Pablo. La redención de penas en la acumulación de condenas: La “Doctrina Parot”. *En*: *Lex nova: La Revista*, núm. 54 (2008); DOLZ LAGO, Manuel. Doctrina Parot aplicada al doble cómputo de la prisión provisional en la acumulación de condenas. *En*: *Diario La Ley*, núm. 7679 (2011); MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Reflexiones sobre el «caso Troitiño», la «Doctrina Parot» y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo. *En*: *La Ley*, núm. 7654 (2011); MELGAR, Julián. La vigencia de la «Doctrina Parot», entrela-

busca una excusa para ello. Y se encuentra en una nueva forma de computar la pena de cumplimiento que toma en consideración los paliativos punitivos en cada una de las condenas particulares y no en el conjunto de los 30 años<sup>12</sup>.

La demandante ingresó en prisión en febrero de 1989, por delitos relacionados con actividades terroristas, cuyas penas, como se ha dicho, superaban los 3000 años de prisión. Esta condena no fue objeto de discusión ante el TEDH por la recurrente, ni tampoco se atacó su legalidad. La Audiencia Nacional determinó el 30 de noviembre de 2000, merced a la conexión jurídica entre los distintos procesos y delitos, y el correspondiente concurso real de infracciones, el máxi-

---

zada con el caso «Troitiño»: algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas. En: Diario La Ley, núm. 7635 (2011); DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael. El «caso Troitiño» y la «Doctrina Parot». En: Actualidad Administrativa, núm. 14 (2011), p. 1; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Caso Parot. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.): Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal. Madrid: La Ley, 2011, p. 895 y ss.; CALDERÓN MALDONADO, Francisco Antonio. Cumplimiento de las penas: análisis de la Doctrina Parot y del denominado doble cómputo de la prisión provisional. En: Diario La Ley, núm. 7671 (2011).

<sup>12</sup> Veamos un sencillo ejemplo de la transformación en la cuantía del cumplimiento de la condena que supone la Doctrina Parot. Imaginemos que un sujeto es condenado en 1985 (bajo la vigencia del Código Penal de 1973) por tres delitos a las penas de 18, 12 y 6 años de prisión. Durante 20 años cumple condena, y en todo ese tiempo trabaja en el centro penitenciario. El art. 100 del C. P. de 1973 establecía que cada dos días trabajados se redimía uno de privación de libertad. Se observarán los siguientes resultados del cambio jurisprudencial.

1. Doctrina tradicional (con anterioridad a la STS 197/2006, resolución que establece la denominada Doctrina Parot). Máximo de cumplimiento 30 años. Sobre esta pena se aplican los beneficios penitenciarios. 20 años cumpliendo y trabajando, redimen 10 años. Es decir, 20 años cumplidos y 10 redimidos, 30 años. El sujeto quedaría en libertad tras 20 años de ingreso en la cárcel.

2. Doctrina Parot (tras la STS 197/2006). De esos 20 años de cumplimiento tomamos 12 y extinguimos la primera condena  $(12+6)=18$ . Tomamos los 8 años restantes y extinguimos la segunda condena  $(8+4)=12$ . Pero como ya no quedan más años para redimir pena, la tercera, de 6 años, tendría que ser cumplida bajo las mismas reglas. Para extinguirla necesitaría de otros 4 años más de trabajo en prisión  $(4+2=6)$ .

De tal manera que, con la Doctrina Parot, el sujeto tendría que cumplir 24 años y no 20 para extinguir todas las penas. Y si la suma total, en vez de 36 años, fuera mayor (a partir de 45 años), el reo debería cumplir inexorablemente 30 años, siendo totalmente irrelevante la redención de pena por trabajo realizado en el centro penitenciario.

mo de cumplimiento de 30 años (límite que venía impuesto por el art. 70. 2 del C. P. de 1973 y que no ha sido discutido por nadie). Sobre esos 30 años se aplicaron los beneficios penitenciarios, tal y como era interpretado habitualmente, y consagrado por la STS núm. 529/1994, de 8 de marzo<sup>13</sup>. Dicha Audiencia Nacional, en resolución de 15 de febrero de 2001, fija el 27 de junio de 2017 como plazo absoluto de extinción de condena.

Conforme con esta jurisprudencia tradicional, el 24 de abril de 2008 el centro penitenciario estableció, como fecha de finalización del cumplimiento de la condena, el 2 de julio de 2008, merced a la aplicación de beneficios penitenciarios por trabajos realizados por la reo en prisión. Sin embargo, el 19 de mayo de 2008, la Audiencia Nacional solicitó a la autoridad penitenciaria que realizase un nuevo cálculo, por entender que tras la STS 197/2006 los criterios de liquidación de la condena eran otros. La misma Audiencia fijó, conforme a esta Doctrina Parot, el 27 de junio de 2017 como nueva fecha del cumplimiento definitivo de la pena de prisión impuesta a Del Río Prada (es decir, el límite absoluto inicialmente establecido para la liquidación de la condena)<sup>14</sup>.

El recurso que interpuso ante la Audiencia Nacional y el amparo que solicitó ante el Tribunal Constitucional fueron desestimados.

Conforme a la doctrina jurisprudencial que regía en el momento en que Del Río fue enjuiciada, tendría que haber abandonado la prisión a principios de julio de 2008. Con posterioridad a su condena, cuando tiene que ser puesta en libertad, se le aplica retroactivamente una jurisprudencia que cambia los criterios de determinación de la pena de cumplimiento, y alarga su condena casi 9 años más. Esta nueva doctrina se crea para impedir que sujetos peligrosos, o, al menos, indeseables socialmente, recobren la libertad. De nuevo, como en el caso alemán, la irretroactividad de la aplicación de la pena desfavorable es concebida como peligrosa. Por el contrario, se aplica desfavorablemente (prolongando en 9 años la privación de libertad) una nueva interpretación en la determinación de la sanción a efectos de su efectivo cumplimiento. Al considerado como sujeto socialmente indeseable, se le aplica retroactivamente la ley penal más lesiva a sus derechos, pues se pretende que no recupere todavía su vida social en libertad.

<sup>13</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núms. 25 y ss.

<sup>14</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núms. 9 y ss.



C. *La respuesta de los tribunales constitucionales.* Con bastante frecuencia, los tribunales ordinarios se oponen a medidas político-criminales del poder ejecutivo o legislativo que, con el fin de enfrentarse a sujetos peligrosos o socialmente indeseables, superan los límites del Derecho Penal democrático. Y si esos tribunales se dejaban llevar por esa nueva tendencia a combatir la inseguridad ciudadana, el Tribunal Constitucional ha actuado como dique de contención en la tutela del Estado de Derecho. Pero en estos dos casos, que ahora se examinan paralelamente, llama la atención que ni uno ni otro pusiesen límite a la fragante violación de una garantía penal como es el principio de legalidad en su versión de prohibición de la retroactividad de la ley desfavorable.

En el caso alemán, los tribunales ordinarios se limitaron a seguir las pautas de la reforma de 1998. Y cuando M. solicitó su liberación –que concluía tras 15 años de privación de libertad conforme a las reglas vigentes cuando fue enjuiciado–, se le denegó aplicándose la nueva ley sin cuestionamiento ninguno<sup>15</sup>. Ciertamente es que los informes de los especialistas concluían que M. seguía siendo una persona peligrosa, y que, además de la reforma de 1998, el § 2. 6 del StGB (Código Penal alemán) amparaba la retroactividad de las medidas de seguridad en este país<sup>16</sup>. Pero también es verdad que los órganos jurisdiccionales no se plantearon en ningún momento que estos preceptos y su aplicación podrían violar derechos constitucionales del interno.

En España ya se ha visto que fue la misma Audiencia Nacional quien conminó a la autoridad penitenciaria para que aplicase la nueva doctrina jurisprudencial de determinación del cumplimiento de la condena en la consideración de los beneficios penitenciarios<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> El Tribunal Regional de Marburg resolvió el diez de abril de 2001, aplicando la nueva legislación, que el demandante debía continuar en custodia de seguridad. El Tribunal de Apelación de Frankfurt am Main rechazó el correspondiente recurso, corroborando la resolución del anterior, en decisión de 26 de octubre de 2001. Al respecto, STEDH de 17 de diciembre de 2009 (asunto M. contra Alemania), núms. 17 y ss.

<sup>16</sup> § 2. Validez temporal... 6) En las medidas de corrección y prevención, si legalmente no se establece otra cosa, regirá la ley vigente al tiempo de la resolución.

<sup>17</sup> Por Auto de 10 de julio de 2008, la Audiencia Nacional rechaza el recurso de súplica de la demandante frente a su decisión del 23 de junio de 2008 que había fijado, siguiendo la Doctrina Parot de la STS 197/2006, el 27 de junio de 2007 como fecha de cumplimiento definitivo de la condena. STEDH de 10 de julio de 2012, núms. 16 y 17. Con posterioridad, este tribunal confirmó de nuevo su

En realidad, la posición de este órgano judicial era coherente con la que había mantenido cuando se le solicitó la acumulación de condenas del interno Henri Parot, que la dividió en dos periodos, superando considerablemente los 30 años de cumplimiento efectivo e impidiendo la puesta en libertad del reo<sup>18</sup>.

Lo común de estos dos casos, como ya se ha apuntado, es que ambos sujetos, con una larga carrera delictiva, tenían que abandonar la prisión (conforme a la legalidad cuando fueron enjuiciados), y retroactivamente, por reforma legal en un caso, por modificación de doctrina judicial en otro, se prolongó su privación de libertad. En las correspondientes decisiones judiciales que impedían esa puesta en libertad y que prolongaban el internamiento, se aplicaba retroactivamente, en perjuicio del custodiado y de la reo, respectivamente, una reforma legislativa y un cambio jurisprudencial interpretativo de la norma penal. Esa aplicación retroactiva directa o indirecta de la norma penal desfavorable al reo suponían al menos, en M., 8 años, y en Del Río, 9 años de encierro añadido en relación con lo que correspondería de acuerdo con su situación legal inicial. Claro está que esa fragante violación del principio de irretroactividad desfavorable al reo debería apoyarse en un poderoso argumento jurídico que formalmente la neutralizase. En el caso alemán, dicho argumento jurídico se sustentaba en el hecho de que la prolongación del internamiento no constituía una mayor pena, sino una nueva forma de cumplimiento de una medida de seguridad (la custodia de seguridad) que en el StGB no goza, como se ha visto, de la garantía de la irretroactividad desfavorable al afectado. En el caso español se abogó en la consideración de que no había modificación alguna de la normativa penal, sino tan solo de su interpretación jurisprudencial, la cual queda exenta de la mentada prohibición. Si el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) y el Tribunal Constitucional español (TC) hubieran actuado realmente como el Defensor de la Constitución, habrían levantado el velo formal que cubría la violación

---

posición a través del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de 13 de octubre de 2009, dictado en la ejecutoria núm. 36-1985, por el que se desestima el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 30 de julio de 2009, por la que se acuerda fijar como fecha de licenciamiento definitivo de la recurrente el día 27 de junio de 2017. En este sentido, Antecedentes del Auto del TC 94/2012, de 21 de mayo.

<sup>18</sup> Auto de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005, cuya casación dio lugar precisamente al nacimiento de la Doctrina Parot en la mencionada STS 197/2006, de 28 de febrero.

del derecho fundamental, y habrían continuado con la función de tutela del Estado de Derecho. No fue así. Se formulase expresamente (*BVerfG*) o en silencio (TC), se le dio más relevancia a la protección de la sociedad ante la excarcelación de un sujeto peligroso, o al derecho de las víctimas a un castigo más severo del autor, que a la garantía penal individual.

**1. La respuesta del Tribunal Constitucional alemán.** Ciertos problemas de constitucionalidad que planteaba la medida de custodia de seguridad fueron abordados por el Tribunal Constitucional alemán en las Sentencias de 5 de febrero de 2004<sup>19</sup> y 10 de febrero de 2004<sup>20</sup>. Ahora solo me referiré a la primera de ellas, que fue objeto de ulterior enjuiciamiento en la citada STEDH de 17 de diciembre de 2009 (asunto M. contra Alemania).

El 28 de noviembre de 2001, la representación de M. interpuso recurso ante el *BVerfG* contra las resoluciones que determinaron la continuidad de su internamiento tras la expiración del plazo de 5 años de condena y 10 de custodia de seguridad<sup>21</sup>. El *BVerfG* examinó, por tanto, la constitucionalidad de la reforma de la institución operada en 1998, que eliminó el límite temporal de diez años en la primera imposición de la custodia de seguridad, pudiendo ser ésta indefinida, y aplicándose, además, retroactivamente a sujetos que la cumplieran conforme a la normativa anterior (lo que ocurría en el caso de M.). Aquí, como se ha señalado, se planteaba la inconstitucionalidad de la regulación por atentar al principio de irretroactividad desfavorable al reo (en este caso, custodiado) que expresamente viene recogido en el apartado segundo del art. 103 de la Ley Fundamental (GG).

El *BVerfG* estimó la constitucionalidad de esta regulación, atendiendo, fundamentalmente, al argumento de que el principio de irretroactividad de las sanciones desfavorables al reo afectaba solo a la pena y no a la medida de seguridad. No es mi intención entrar aquí en esta argumentación, sobre la que volveré al analizar la Sentencia del TEDH (que la combatió). Ahora me interesa destacar otro aspecto en el que dicha resolución también apoyó su tesis para fundamentar la legitimidad de la retroactividad de la custodia de seguridad

---

<sup>19</sup> *BVerfG* Sentencia de 5 de febrero de 2004 (2 BvR 2029/01), citada por la doctrina como *BVerfGE* 109, 133.

<sup>20</sup> *BVerfG* Sentencia de 10 de febrero de 2004 (2 BvR 834, 1588/02), citada por la doctrina como *BVerfGE* 109, 190.

<sup>21</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 26 y ss.

indefinida (sin límite de plazo). Y a pesar de que el cumplimiento de esta medida de seguridad se realiza en el mismo establecimiento que las penas de prisión, y de que el ámbito de derechos del afectado es idéntico (fundamentalmente, la privación de libertad), el Alto Tribunal no aplica la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley desfavorable por un mero “etiquetamiento”. Si el legislador califica la sanción como medida de seguridad, no gozará de los límites que se le atribuyen a la pena. Y ello acudiendo al argumento de que los derechos individuales ceden ante el deber de protección de la comunidad frente a los sujetos altamente peligrosos que previamente han cumplido su condena<sup>22</sup>.

De lo expuesto en la resolución reseñada (y lo mismo se podría decir de esta otra de 10 de febrero de 2004, que no es objeto de estudio en la presente contribución) hay que señalar que, en efecto, el Tribunal Constitucional alemán superó las funciones que normalmente competen a un órgano de estas características, para situarse en una posición ideológica cercana a los objetivos que persigue el Estado en la lucha contra la peligrosidad de los ciudadanos (que ya la han manifestado en hechos delictivos enjuiciados)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> El mismo *BVerfG* entró en contradicción en las dos resoluciones señaladas al principio de este subapartado. Pues en la primera (5 de febrero de 2004) afirmaba que el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo no era aplicable a la custodia de seguridad por carecer ésta de naturaleza punitiva. Y en la segunda (10 de febrero de 2004), en cambio, declaró inconstitucional dos leyes de dos Estados federados que regularon la custodia de seguridad *a posteriori* por entender que dichas leyes tenían naturaleza penal y esa competencia es exclusiva del Estado central. En este sentido, la crítica de BÖHM, María Laura. *El ente inseguritas y la inseguridad del Derecho Penal. Reflexiones a partir del caso alemán*. *En*: Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3 (abril, 2012), p. 156 y ss., 161, nota 23.

<sup>23</sup> Una de las autoras que mejor ha estudiado la perspectiva ideológica de esta primera etapa del *BVerfG* lo ha explicado con un gran acierto: “La prevención difusa y la intervención tajante son las funcionalidades del ‘Derecho del riesgo’ que ponen en contacto la cadena de significaciones de las técnicas de peligro (‘prevención’, ‘factores de riesgo’, etc.) y la lógica del combate (‘defensa’, ‘neutralización’). De este modo, se adoptan en el discurso del Derecho Penal (términos como...) ‘protección’ y ‘defensa’ frente a ‘peligros/riesgos’. Esta situación va más allá en la articulación de las actuales funciones. Las funciones del Tribunal Constitucional también parecen haber sido articuladas. Mientras que el Tribunal Constitucional velaba en el ámbito jurídico-penal por la observancia de las garantías y principios constitucionales y penales, aquí el Tribunal vela por el respeto y cumplimiento de ese cometido (jurídico-)estatal del Derecho Penal, esto es, por la ‘protección’ y ‘defensa’ de la población. Proteger a la población es equivalente con satisfacer funciones jurídico-estatales. Los principios del

En esta decisión del *BVerfG*, en efecto, latían los mismos temores que en la regulación de la custodia de seguridad. Se trataba de impedir que determinados sujetos, calificados como altamente peligrosos, fueran liberados tras el cumplimiento de la condena y de la medida de seguridad de diez años. Se temía la reacción de los medios de comunicación ante la alarma social que podría derivar de esa puesta en libertad. De nuevo aparece el valor simbólico de decisiones del Defensor de la Constitución. Son decisiones con un contenido político-criminal, que persiguen lograr un aparente “efectivismo” en la lucha contra la criminalidad de los sujetos más peligrosos, separándose de su auténtica tarea: la defensa de las garantías y principios constitucionales de todos los ciudadanos, incluidos los más peligrosos. Pero el tiempo demostraría que dicho “efectivismo”, como todo “efectivismo” en la época de la globalización, es más aparente que real<sup>24</sup>.

**2. La respuesta del Tribunal Constitucional español.** Tras agotar la vía judicial, Del Río Prada recurrió en amparo al TC. Este Alto Tribunal denegó, en el correspondiente recurso de amparo, la suspensión de la privación de libertad por Auto 94/2012, de 21 de mayo de 2012. La recurrente presentó demanda frente al TEDH, y, posteriormente, dado que la resolución del Tribunal Europeo le era favorable (en primera instancia), desistió a dicho recurso de amparo, desistimiento que fue aceptado por Auto 164/2012, de 17 de septiembre de 2012. Previamente, el TC había denegado el amparo constitucional a varias decenas de internos que recurrieron las resoluciones de los tribunales que aplicaban la Doctrina Parot (salvo casos excepcionales en los que la Audiencia Nacional había roto la propia firmeza de sus resoluciones). Las razones de la denegación se encuentran en esa serie de resoluciones, y que, muy resumidamente, paso a exponer<sup>25</sup>.

Estado de Derecho ya no se expresan como tutela de los derechos individuales de un ‘delincuente’, sino como tutela de la población ante ‘peligros/riesgos’. El Derecho Penal pasa a ser ‘Derecho del riesgo’ y el delincuente, a ‘peligroso’”. BÖHM, Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘, Op. cit., p. 149.

<sup>24</sup> El *BVerfG* llega a expresar afirmaciones del siguiente calado: “...la necesidad de seguridad de la comunidad (sería prioritaria) frente al derecho fundamental a la libertad del demandante, y consecuentemente, niega su pretensión de puesta en libertad” (Auto del Tribunal Constitucional alemán de 22 de diciembre de 2009). Al respecto, BÖHM, Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘, Op. cit., p. 103.

<sup>25</sup> Dado que esta jurisprudencia constitucional fue combatida dos meses después por la sentencia del TEDH de 10 de julio de 2012, apenas existen trabajos que se centren en ella. Entre los más recientes, y con referencias muy generales, ARRATIBEL PASTOR, Izaskun. La redención de penas y la Doctrina Parot llegan

No quiero entrar en todos los argumentos empleados por el TC, no es éste el objeto del presente trabajo. Me voy a centrar en lo que el TC no consideró y que, sin embargo, fue relevante para el TEDH<sup>26</sup>.

El art. 25.1 de la CE recoge el principio de legalidad de los delitos y de las penas (también de las infracciones y sanciones administrativas)<sup>27</sup>. Este principio no se habría violado, según estima el TC, porque a los internos que recurrieron por la aplicación retroactiva de la Doctrina Parot no se les impuso una pena mayor que la contemplada por la Ley a los delitos perpetrados. Distingue el TC, citando doctrina del TEDH, entre cuestiones relativas a la propia pena, y cuestiones relativas a la ejecución de la pena. Ahí reside el problema fundamental en este caso. Según el TC, pues, el principio de legalidad implica que al sujeto no se le imponga una pena mayor que la establecida por la Ley a los hechos que perpetró. Esta pena se considera, en el caso de concurso real de delitos conforme a la legislación vigente en el tiempo en que ocurrieron los hechos (C. P. de 1973), de 30 años. Y la doctrina de la famosa STS 197/2006, aunque supone un aumento de la pena a cumplir frente a los criterios tradicionales jurisprudenciales de aplicación de beneficios penitenciarios, nunca supera este límite. Dado que la nueva interpretación no alcanzaría a la pena en sí misma considerada, sino a su ejecución, se destierra, por tanto, la subsunción de los supuestos objeto de los recursos en el ámbito del principio de legalidad del art. 25.1 de la CE<sup>28</sup>.

---

al TC. En: Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, 2012, p. 99-101; TAJADURA TEJADA, Javier. La Doctrina Parot. En: Claves de Razón Práctica, núm. 222, 2012, p. 98-109; MARTÍN PALLÍN, José Antonio. La Doctrina Parot severamente rechazada. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 848, 2012, p. 3; BENÍTEZ DE LUGO GUILLÉN, José Mariano. El Tribunal de Estrasburgo y la “Doctrina Parot”, En: El siglo de Europa, núm. 983, 2012, p. 24; MUÑOZ CLARES, José. Sobre la llamada “Doctrina Parot”. En: Revista General de Derecho Penal, núm. 18, 2012, p. 1-18; LANDA GOROSTIZA, Op. cit.

<sup>26</sup> La STC 40/2012, de 29 de marzo, contiene la argumentación más relevante que constituye el núcleo duro de la posición del Alto Tribunal, así como el voto particular que manifiesta una opinión disidente de la mayoría. Caben destacar, además, entre otras, las SSTC 113 y 114/2012, de 24 de mayo; 108/2012, de 21 de mayo; 14, 41, 57, 62, 67, 68 y 69/2012, de 29 de marzo.

<sup>27</sup> Art. 25.1 de la CE: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

<sup>28</sup> STC 40/2012, de 29 de marzo (FJ 6), a la que se hará referencia en representación de todas aquellas resoluciones que admitieron la constitucionalidad de la denominada Doctrina Parot. “6. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que

También, parece deducirse de la argumentación del TC que no habría prohibición de retroactividad de esta jurisprudencia desfavorable (exigencia derivada del principio de legalidad) dado que dicha garantía afecta a la pena en sí misma considerada y no a su ejecución. La consideración de beneficios penitenciarios, en definitiva, que podría suponer (y suponía en la mayoría de los casos) una reducción de la condena de hasta un tercio, no afectaría a la propia pena sino a su aplicación concreta. Además, el cambio operado en el cómputo de dichos beneficios penitenciarios se realizaría no tanto desde el ámbito de la ley, sino de la jurisprudencia. Y el mismo TC expresa que los cambios de criterio jurisprudencial no han de tratarse en el marco del principio de legalidad (art. 25.1 de la CE), sino desde otras perspectivas, como es el derecho de igualdad (art. 14 de la CE), cuya violación, en este último supuesto, también es rechazada (con la asombrosa afirmación de que la resolución que sustenta este cambio de jurisprudencia, la STS 197/2006, no había sido combatida, lo cual era imposible en la mayoría de los casos).

Rechazada la violación del principio de legalidad penal y su manifestación como prohibición de retroactividad de sanciones desfavorables, el menoscabo del derecho a la libertad se examina desde la perspectiva de su infracción a través de resoluciones jurisdiccionales. De esta forma se intenta examinar la conculcación del derecho a la libertad en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Y de nuevo la respuesta es negativa, recurriendo otra vez a esa trampa de que no se impugna la STS de 28 de febrero de 2006, sino las resoluciones de la Audiencia Nacional que aplicaron su doctrina, que desde el punto de vista formal son inatacables. De este modo, el TC evita entrar en el fondo material del asunto y se desvía por una serie de consideraciones formalistas. Esto es, no responde a la cuestión de si un cambio jurisprudencial que rompe con una interpretación

---

no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 4, entre otras muchas), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto”.

(sólidamente asentada, sin quiebra alguna, y establecida por ese mismo tribunal) en la forma de determinación del cómputo de beneficios penitenciarios por trabajos realizados, y que implica siempre mayor privación de libertad que la prevista cuando el sujeto fue enjuiciado y condenado, viola un derecho fundamental consagrado en la Constitución. A esta cuestión añadiría algo más. Y es que dicho cambio jurisprudencial se origina y se elabora para que determinado sujeto, o determinados sujetos, considerados socialmente indeseables o incluso peligrosos (terroristas sanguinarios), no abandonen la prisión.

Ciertamente, lo que no explica el Alto Tribunal es que la nueva doctrina asentada por la STS 197/2006 supone, para una mayoría de los afectados, una privación de libertad muy superior a la que era prevista cuando realizaron los hechos punibles y fueron enjuiciados. En lo que sí tiene toda la razón el TC es que no hay una aplicación retroactiva del art. 78 del C. P. de 1995, aunque se consideraron la filosofía y la política criminal que latía en él.

También asiste la razón al Defensor de la Constitución cuando señala que no es su función revisar la interpretación de los textos legales que realizan los tribunales ordinarios<sup>29</sup>. En este caso no es necesario hacerlo. Es posible que la interpretación del TS en la Sentencia 197/2006 sea más acorde con el tenor literal del precepto y con la sistemática de otras disposiciones de cumplimiento de condenas que la que él mismo plasmó y mantuvo sin fisura alguna con anterioridad a la Doctrina Parot. Lo que no parece admisible es que ambas interpretaciones sean posibles a la luz de la CE<sup>30</sup>, pues entre ellas hay una diferencia de muchos años de privación real de libertad. Y sin recurrir a argumentos técnico-jurídicos a favor de una u

---

<sup>29</sup> “Llegados a este punto, hemos de recordar que no es función de este Tribunal la interpretación de la legalidad ordinaria y, en lo que aquí interesa, que no nos corresponde pronunciarnos directamente sobre cómo interpretar y aplicar al caso el art. 70 en relación con el art. 100 CP 1973, y sobre cuál ha de ser el límite de cumplimiento y el modo de computar las redenciones, pues se trata de decisiones de ejecución de lo juzgado que, de acuerdo con el art. 117 CE corresponden en exclusiva a los órganos judiciales (STC 147/1988, de 14 de julio, FJ 2; en el mismo sentido, 237/1998, de 14 de diciembre, FJ 3; 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3)”. Cf. STC 40/2012, de 29 de marzo (FJ 7).

<sup>30</sup> Así se expresa el voto particular de la magistrada Adela ASÚA BATARRITA: “Ciertamente, un precepto penal cuyo tenor literal permitiera acoger dos interpretaciones tan dispares en cuanto a sus efectos penológicos no reuniría las condiciones requeridas de calidad normativa, que derivan de la garantía constitucional de la legalidad penal”. STC 40/2012, Voto Particular, núm. 3 *in fine*.



otra (que los hay, y de gran envergadura), habría que preguntarse (lo que no hace el TC) cuál de las dos interpretaciones es constante y reiterada, crea seguridad jurídica, es accesible y previsible. Y habría que tener presente, además, si se trata de una interpretación que mejora la práctica de la Ley penal, sin violar derechos fundamentales. Y la respuesta es clara. Esta nueva jurisprudencia rompe con toda una forma de determinación del cómputo de la pena a cumplir que estaba asentada durante décadas en los tribunales y guiada por el espíritu y la filosofía del Código Penal de 1973. Cuando los últimos reos que todavía se someten al viejo y agotado texto punitivo tienen que recuperar la libertad, se realiza una nueva interpretación de una ley penal a la que prácticamente ya no le queda vigencia. Lo cual supone que, de la noche a la mañana, la mayoría de los afectados sufren un aumento de prisión de un tercio. Y todo este cambio, por claras razones político-criminales que no se quieren expresar ni por el TS ni por el TC. Dichas razones radican en que, como he señalado, no se podía permitir que Henri Parot y otros reos de su misma clase abandonaran los centros penitenciarios. La resolución que sustentaba la Doctrina Parot y otras que le siguieron no deberían haber tenido cabida en un Estado de Derecho.

Y, en efecto, se violaba el principio de legalidad desde una perspectiva material<sup>31</sup>, no formal. Porque al tiempo de perpetrar los hechos,

---

<sup>31</sup> En este sentido, las acertadas palabras de CUERDA ARNAU: “Por consiguiente, el problema es un problema de legalidad, relativo, en suma, a si la interpretación realizada por el TS respeta o no ese canon constitucional, que apela a la certeza, la claridad y la previsibilidad. Sentado lo anterior, lo que sigue es reafirmar la función que tiene asignada la jurisdicción constitucional. Nadie duda de que la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde a los jueces y tribunales y, en última instancia, al Tribunal Supremo (art. 123 CE). Ahora bien, tampoco puede dudarse de que dentro de las funciones asignadas al TC está la de enjuiciar la constitucionalidad de tal interpretación cuando ésta pueda comprometer derechos y garantías constitucionales. En este caso, en primer lugar, el TS interpreta una ley ya derogada y, en segundo lugar, lo hace no como siempre se entendió esa ley sino de un modo absolutamente distinto e imprevisible. Se produce, en suma, un cambio radical de criterio cuando la ley ya ha perdido vigencia. ¿Hay algo que comprometa en mayor medida la garantía representada por el principio de legalidad?”. CUERDA ARNAU, María Luisa/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma. En: FERNANDEZ TERUELO, Javier Gustavo/GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta/VILLA SIEIRO, Sonia Victoria. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Madrid: Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 747-775.

la pena a cumplir venía reducida en un tercio por aplicación de los beneficios penitenciarios. Y, con posterioridad, cuando el sujeto finaliza el cumplimiento de su condena con arreglo a dicho criterio, esa pena deja de reducirse en un tercio (o nada, si la suma previa de las condenas superaba los 45 años de prisión), aumentando de forma imprevisible e inaccesible, la privación de libertad. Como se verá más adelante, la seguridad jurídica plasmada en la accesibilidad y previsibilidad de las consecuencias punibles al hecho delictivo constituye la auténtica calidad de la ley penal. O, dicho de otra forma, constituyen los requisitos que fundamentan materialmente el principio de legalidad penal.

De ahí que, tal y como propone el voto particular de la magistrada Asúa Batarrita, la aplicación por los tribunales de la Doctrina Parot atenta al principio de legalidad penal del art. 25.1 de la CE y dicho atentado se plasma en el menoscabo de otro derecho fundamental, cual es la libertad personal consagrado en el art. 17.1 de la CE (junto a este otro de la tutela judicial efectiva del art. 24. 1 de la CE)<sup>32</sup>. Esta posición sería mantenida por el TEDH, pero considerando estas garantías afectadas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**D.** *El TEDH y el regreso al Estado de Derecho del sujeto peligroso o socialmente indeseable.* Un sujeto peligroso (con un amplio historial delictivo) en Alemania y otros socialmente indeseables, (por tratarse de terroristas con crímenes de sangre) en España, tenían que recuperar su libertad según la norma aplicable cuando realizaron

---

<sup>32</sup> “El conjunto de los razonamientos expuestos conduce, a mi juicio, de forma patente, a concluir que la interpretación aplicada por remisión a la doctrina sentada en la STS 197/2006 puede calificarse de imprevisible porque adiciona al tenor literal de la ley una exigencia no incluida en ella como es la de que el cumplimiento de la condena deba realizarse en toda su extensión «en un centro penitenciario», excluyendo con ello la regla general del Código penal de 1973 de redención de penas por trabajo. Asimismo, resulta incoherente en el contexto del sistema normativo del Código penal de 1973 y aboca a resultados incongruentes en la selección de la norma aplicable. A ello se une que la fundamentación material aducida en apoyo del cambio de criterio, aunque resulte más ajustada a criterios de justicia material y de técnica legal, no se cohonestan con las premisas político-criminales que inspiraban la redención de penas por trabajo y las pautas sistemáticas y técnicas del aquel Código penal ya derogado, que es el aplicado al supuesto que motiva este recurso de amparo... Por ello, considero que debiera haberse estimado el presente recurso de amparo por vulneración de los arts. 17.1, 24.1 y 25.1 CE”. STC 40/2012, Voto Particular, núm. 7 *in fine*.

los hechos y fueron enjuiciados. Los medios de comunicación afilaban sus dientes frente a la posibilidad de que estos ciudadanos se reincorporaran a la sociedad. Los poderes públicos vinculados fuertemente al sistema penal (poder legislativo en Alemania, poder judicial en España) decidieron aplicar retroactivamente una nueva norma (reforma legal en Alemania, cambio jurisprudencial en España) para evitar que los afectados recuperasen su libertad. La nueva norma<sup>33</sup>, por tanto, perjudicaba (y gravemente) los derechos del peligroso y del socialmente indeseable. El *BVerfG* alemán y el TC español decidieron cambiar de tarea y, bien expresamente (caso alemán), bien tácitamente (caso español), se sumaron a las nuevas corrientes político-criminales que velan por el derecho de la sociedad y de las víctimas a la seguridad frente a sujetos peligrosos o socialmente indeseables. La violación material de las garantías constitucionales de los reos se burla con quiebres formalistas que evitan pronunciarse sobre las cuestiones fundamentales. Y es entonces cuando el Estado de Derecho se echa a temblar. Es posible que este tipo de situaciones rodaran constantemente por un plano inclinado que conduce a la inseguridad jurídica y a la ausencia de derechos de no ser por la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, con excelente criterio (al menos en estos dos casos), ha dado un paso al frente para oponerse a este constante debilitamiento del Estado de Derecho.

---

<sup>33</sup> Es posible que alguien piense que la Doctrina Parot es una mera interpretación de unos preceptos legales del C. P. de 1973. Es algo más. Crea una norma que antes no existía. Si admitimos (y creo que cualquier jurista estará de acuerdo) que no es lo mismo norma y texto legal, una interpretación radicalmente diferente de éste puede modificar aquélla. La STS 197/2006 modificó la consecuencia jurídica del cómputo real de la condena a efectos de su cumplimiento efectivo en el marco de la aplicación de los beneficios penitenciarios. Distinta es la problemática de si el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sólo sobre el tenor literal del texto formal que contiene la norma o puede también enjuiciar la misma norma materialmente considerada. Personalmente, siguiendo a VIVES ANTÓN, soy partidario de esta segunda posición. "Parece claro que la mera existencia de una Constitución normativa hace que la ley no sea válida sólo por su forma, sino que, al no ser ya la norma suprema, ha de serlo también en virtud de su contenido. Dicho de otro modo para que la ley sea válida su contenido normativo ha de ser constitucionalmente legítimo. El objeto del juicio de constitucionalidad no es ya meramente el texto de la ley, sino el contenido normativo que ese texto expresa y, por lo tanto, la separación tajante entre texto y contenido normativo resulta imposible". CUERDA ARNAU/VIVES ANTÓN, Op. cit.

No es mi intención ahora llevar a cabo un exhaustivo comentario de ambas resoluciones, ya hay algunos trabajos dedicados a ello<sup>34</sup>. Ahora me interesa más desvelar la metodología que de forma paralela emplea el Alto Tribunal Europeo para deshacer el entramado formalista que esconde la violación de las libertades de los afectados. También, quisiera reflejar la formulación teórica que presenta el TEDH para llevar a cabo una mayor protección material del principio de legalidad y sus derivados en relación con el derecho a la libertad del sujeto peligroso o socialmente indeseable.

Antes de nada, hay que recordar que en ambas resoluciones se trataba de determinar la conformidad con los arts. 5.1 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>35</sup> de estas dos situaciones que venimos recordando.

En un caso, la conformidad con el CEDH se enjuiciaba en relación con la aplicación de la reforma alemana de la custodia de seguridad de 1998, que eliminó el plazo límite de esta medida, establecido hasta entonces en diez años (sustituyéndolo por otro de carácter indefinido). En otro caso, era la aplicación de la jurisprudencia de la denominada Doctrina Parot, que modificaba el cumplimiento real de la condena, agravándola siempre, y que se llevó a cabo con posterioridad al enjuiciamiento de los sujetos afectados, lo que constituía el objeto de debate en relación con el respeto a los preceptos señalados.

---

<sup>34</sup> Al respecto, *vid supra* notas 3 y 4, tomando en consideración, especialmente para el caso alemán, la monografía de REMDE, Carina, *Die Zukunft präventiven Freiheitsentzugs vor dem Hintergrund der EMRK*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2012, 146 p. Para el caso de España habría que añadir, de pronta aparición, el trabajo de CUERDA ARNAU, María Luisa. Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Río Prada c. España). En: *Revista Penal*, núm. 31 (2013), p. 52-69.

<sup>35</sup> Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; artículo 7. No hay pena sin ley. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

1. *La argumentación formalista incompatible con la tutela material del derecho.* Ya se ha visto que tanto el *BVerfG* como el TC rechazaron los correspondientes recursos sin aceptar la violación del principio de irretroactividad de normas desfavorables al reo y del derecho a la libertad. En ambos casos, el núcleo esencial de la argumentación se expresaba bajo una consideración formalista que no permitía atacar el problema desde su misma raíz. El TEDH se esfuerza precisamente por enfrentar estas cuestiones formales con la lógica de la razón de ser de los principios y derechos del afectado tutelados en el CEDH.

En el caso alemán, el *BVerfG* se basó, en el sentido apuntado, en una serie de consideraciones formalistas. El argumento, ya explicado, partía de la premisa de que la prohibición de retroactividad de medidas sancionatorias expresada en el art. 103, párrafo segundo, de la GG, solo alcanzaba a la pena, y no a la medida de seguridad. Y como la custodia de seguridad es una medida, y no una pena, no se violaba este principio constitucional básico en Derecho Penal. Este razonamiento se sostuvo ante el TEDH<sup>36</sup>.

En el caso español, la vulneración de la prohibición de retroactividad de la mayor punibilidad también se quiso esconder bajo el ropaje de otro planteamiento formalista. Y, en efecto, se recurre a una distinción que utilizó ya el propio TEDH en otros enjuiciamientos<sup>37</sup> (bajo circunstancias muy diferentes), entre medidas que afectan a la pena en sí misma considerada y medidas relativas a la ejecución o determinación de la pena concreta. El principio de irretroactividad desfavorable al reo derivado del art. 7.1, segundo inciso, entonces, se limitaría a la condena abstracta y no tendría vigencia en relación con su aplicación a efectos de cumplimiento en consideración a los beneficios penitenciarios. De ahí se deduciría que el máximo de condena, según las reglas de acumulación de penas del C. P. de 1973, era 30 años. Y, como la nueva jurisprudencia nacida con la STS 197/2006 respetaba ese límite de 30 años, no habría vulneración alguna del art. 7.1 del CEDH<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009 (M. contra Alemania). En los núms. 113 y ss. se recogen los argumentos que presentó el gobierno germánico, que se apoyaron, como era lógico, en la jurisprudencia del *BVerfG*.

<sup>37</sup> Sobre esta distinción, y la evolución de la doctrina del TEDH, con gran rigor y profundidad, LANDA GOROSTIZA, Op. cit., especialmente el texto que corresponde con las notas 34 y ss.

<sup>38</sup> STEDH de 10 de julio de 2012 (Del Río Prada contra España). En los núms. 35 y ss.

Pero esta interpretación, que puede defenderse desde una dogmática jurídica tan purista como alejada de la realidad, no tomaba en consideración las circunstancias que la reforma legal (Alemania) y la nueva doctrina jurisprudencial (España) imprimían en el agravamiento material de la privación de libertad de los sujetos peligrosos o socialmente indeseables. En Alemania, M. tenía que abandonar el centro de cumplimiento tras quince años de encierro (cinco en prisión, diez en custodia de seguridad), según la normativa vigente cuando realizó los hechos y fue enjuiciado. Del Río Prada tendría que haber abandonado el centro penitenciario el 2 de julio de 2008, conforme se aplicaba la determinación de la condena (teniendo en consideración los trabajos realizados en prisión) según la interpretación, sin fisuras, de los tribunales en el momento en el que ésta cometió los hechos, también en el que fue procesada, enjuiciada y condenada.

Pero cuando ambos tienen que recuperar su libertad, se les prolonga su privación. A M., indefinidamente, porque la reforma legal alemana así lo estableció. Y, a Del Río Prada, casi nueve años, hasta el 27 de junio de 2017, porque la nueva regla jurisprudencial, que nunca rigió estando vigente el C. P. de 1973, así lo determinó. Y los alegatos a favor de este grave exceso en el encierro de los afectados se pueden resumir en apenas unas palabras. Se trata de una medida de seguridad y no de una pena. Se trata de la forma de ejecutar la condena, y no de la pena genérica e inicialmente impuesta.

Afortunadamente, el TEDH no se conformó con este superficial disfraz jurídico. Fue a la comprobación de la vulneración material de los derechos consagrados en el CEDH y de su correspondiente justificación.

**2. La vulneración material del derecho y su justificación.** El art. 7.1 del CEDH establece el principio de legalidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano y como veto a la arbitrariedad de los poderes públicos en el marco del sistema penal. El sujeto tiene que conocer el alcance de sus actos y las consecuencias jurídicas que vienen acarreadas a los mismos. Para ello, la norma que define los comportamientos humanos como delitos y les atribuye una sanción tiene que ser accesible. Dicha accesibilidad, a su vez, determina la previsibilidad, la asunción cognitiva de lo que puede ocurrir si se

---

se recoge el argumento principal del gobierno español, que también se apoya en la jurisprudencia del TC y en la de otros casos del TEDH.

viola la ley. La accesibilidad y la previsibilidad de las consecuencias de la infracción de la norma constituyen el fundamento material de la garantía individual del principio de legalidad. Y al mismo tiempo, limita la arbitrariedad del poder punitivo. Por esa razón el art. 7.1 del CEDH viene encabezado por la referencia de que no hay pena sin ley.

Los fundamentos de la accesibilidad y de la previsibilidad se quiebran cuando ese poder público traslada consecuencias punibles más gravosas a momentos pretéritos en que no regían dichas consecuencias punibles. Es por ello que el último inciso de ese art. 7.1 establece que no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

Desde mi punto de vista, el planteamiento que tendría que haber realizado tanto el *BVerfG* como el TC debería haber comenzado aquí. Es decir, la cuestión a resolver residiría en si a M., si a Del Río Prada, se les impuso una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción fue cometida. Pero para desarrollar este planteamiento, no basta con desechar formalmente la subsunción de estos casos a la exigencia de la prohibición de la irretroactividad desfavorable. No basta con decir “a M. no se le aplica la regla porque no se le impuso mayor pena, sino una medida de seguridad indefinida”. No basta con afirmar que “a Del Río Prada no se le aumentó la condena, sino que se ejecutó de forma distinta”. Ahí se quedaron las instituciones alemanas y españolas.

En cambio, el TEDH da un paso más. Se pregunta si a M., si a Del Río Prada, se les aplicó realmente una pena mayor de la que venía determinada por la norma cuando perpetraron los hechos, con independencia de la etiqueta que la ley o los tribunales quieran colocarle. Esta línea metodológica se llevó a cabo, de forma paralela, en los dos supuestos examinados. Sin embargo, con la intención de perfilar más nítidamente ambas realidades, se considera oportuno llevar a cabo una explicación individualizada de las dos formas argumentativas.

**a. La custodia de seguridad indefinida es una pena más grave.** Así, en el caso alemán, el TEDH, después de un pormenorizado análisis de la petición del demandante, consideró que el Estado alemán había violado el art. 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues se entendió que la aplicación retroactiva de la nueva regulación de la medida de custodia de seguridad, aumentando el plazo

de diez años a indefinido, chocaba con el principio de legalidad, y por ende atacaba frontalmente al principio de irretroactividad de medidas sancionadoras desfavorables al reo. En el sentido señalado, el problema con el que se encontró el Tribunal de Estrasburgo, alegado por el Estado alemán y argumentado con base en la jurisprudencia del mismo *BVerfG*, era que la custodia de seguridad venía caracterizada en el *StGB* como una medida de seguridad y no como una pena. Pero el Alto Tribunal Europeo, demuestra con argumentos difíciles de rebatir que la *Sicherungsverwahrung* alemana, tanto en su estructura, como naturaleza y forma de ejecución, es una auténtica pena, y además, de las más graves (si no la más grave) del ordenamiento punitivo alemán. Teniendo la medida una indiscutible naturaleza punitiva, es claro que le alcanza la garantía de la irretroactividad en lo desfavorable, violada en el caso examinado, y en otros muchos en los que se aplicó la reforma de 1998. La República Federal de Alemania presentó un recurso de revisión del presente caso el 10 de mayo de 2010, que fue rechazado. La fundamentación de la petición atendía a los problemas de seguridad que se podrían generar en el interior del Estado merced a la liberación de unas decenas de sujetos altamente peligrosos para la sociedad. Para el TEDH, sin embargo, el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica expresada en la prohibición de retroactividad de normas punitivas desfavorables al reo o custodiado está por encima de estas razones de Estado.

A esta resolución del TEDH le siguieron otras que continuaron el mismo camino<sup>39</sup>. Esta jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo tuvo una influencia decisiva en el Tribunal Constitucional alemán, quien el 4 de mayo de 2011, en una resolución histórica<sup>40</sup>, y en contra

<sup>39</sup> Así, destacan, entre otras, las siguientes Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 13 de enero de 2011, núm. 17792/07, *Kallweit v. Germany*; 13 de enero de 2011, núm. 20008/07, *Mautes v. Germany*; 13 de enero de 2011, núm. 27360/04 y 42225/07, *Schummer v. Germany*. En relación con éstas y otras resoluciones del TEDH en este asunto, EGMR 21.10.10, *Sicherungsverwahrung innerhalb der zur Zeit der Tat und der Verurteilung gesetzlich vorgeschriebenen Höchstdauer konventionsgemäß. Grosskopf gegen Deutschland*. En: Europäische Grundrechte Zeitschrift, núm. 38 (2011), p. 20 y ss.; EGMR 13. 1. 11, *Nachträglich verlängerte Sicherungsverwahrung. Kallweit gegen Deutschland*. En: Europäische Grundrechte Zeitschrift, núm. 38 (2011), p. 255 y ss.

<sup>40</sup> En relación con esta resolución, y con sus antecedentes y otras posteriores derivadas de la misma, han aparecido muchos trabajos tras los inicialmente mencionados. Entre ellos, destacan: SCHÖCH, Heinz. *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung*. En: *Goltdammer's Archiv*



de su propia jurisprudencia, declaró contrario a la Ley Fundamental de Bonn (GG) casi toda la regulación de la custodia de seguridad en este país<sup>41</sup>.

Y el TEDH llegó a esta conclusión tras una profunda investigación en la que trataba de averiguar si materialmente había una decisiva diferenciación entre la pena y la custodia de seguridad. Teóricamente, la pena tiene un mayor carácter retributivo y su imposición se fundamenta en el daño perpetrado y en la culpabilidad del autor. La medida de seguridad, en principio, tiene carácter preventivo y terapéutico y su ejecución se fundamenta en la peligrosidad del sujeto. Pero la realidad no respondía a tan nítidas distinciones teóricas.

Se recurrió al Derecho Comparado en una serie de países europeos firmantes de la CEDH, en relación con esa distinción entre penas y medidas de seguridad. Y aquí se constató una falta de unidad en el tratamiento de una y otra institución jurídica. De hecho, el TEDH afirma tras este estudio que un mismo tipo de sanción empleada para combatir la peligrosidad postcondena de un sujeto aparece en

---

für Strafrecht, núm. 159 (2012), p. 14 y ss.; KINZIG, Jörg. Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung. En: Neue Juristische Wochenschrift, núm. 64 (2011), p. 177 y ss.; STRENG, Franz. Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Zum Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 4.5.2011. En: Juristenzeitung, núm. 17 (2011), p. 827 y ss.; VOLKMANN, Uwe. Fremdbestimmung, Selbstbehauptung, Befreiung: Das BVerfG in der Frage der Sicherungsverwahrung. En: Juristenzeitung, núm. 17 (2011), p. 835 y ss.; HÖRNLE, Tatjana. Der Streit um die Sicherungsverwahrung: Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011. En: Neue Zeitschrift für Strafrecht, núm. 31 (2011), p. 488 y ss.; KILCHLING, Michael. Die Zukunft der Sicherungsverwahrung? En: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011), p. 1-3; MÜLLER, Jürgen Leo/STOLPMANN, Georg/FROMBERGER, Peter/ HAASE, Kessy Ann. Legalbewährung nach Gutachten zur nachträglichen Sicherungsverwahrung. En: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011), p. 253 y ss.; ALEX, Michael. Die Anhörung im Bundestag zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Ein Beispielfall für die parlamentarische Geringschätzung von Sachverständigen. En: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011), p. 266 y ss.; MITSCH, Wolfgang. Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr? En: Juristische Schulung, núm. 9 (2011), p. 785 y ss.; PEGLAU, Jens. Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung: Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung. En: Neue Juristische Wochenschrift, núm. 64 (2011), p. 1924 y ss.

<sup>41</sup> La relación entre el caso M. contra Alemania del TEDH y la ulterior sentencia del *BverfG* la estudia, profundamente, el trabajo de SCHÖCH, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts* p. 14-31.

unos Estados como una pena adicional y en otros como una medida de seguridad<sup>42</sup>. Es por ello que el Alto Tribunal Europeo continúa su razonamiento aseverando que lo decisivo, a efectos de interpretar una posible violación del CEDH, no es tanto la calificación de la institución que lleve a cabo el sistema jurídico del Estado demandado, sino la naturaleza que dicha institución observe a la luz del Convenio. Y examinando materialmente la custodia de seguridad germánica, se aprecia que, al igual que la pena de prisión, se impone por un tribunal y se ejecuta por otro órgano jurisdiccional (ambos integrantes del sistema penal)<sup>43</sup>, implica privación de libertad e incluso el encierro (en Alemania) se lleva a cabo en establecimientos penitenciarios ordinarios (si bien en módulos separados y con un régimen disciplinario más relajado)<sup>44</sup>. Además, expresa el TEDH, la custodia de seguridad se aplica a sujetos que reiteradamente han sido declarados culpables por haber perpetrado hechos de cierta gravedad, y a pesar de ello, no son objeto de especiales medidas, instrumentos o instituciones que se dirijan específicamente a prevenir su peligrosidad. Más todavía, se apunta en este sentido que los custodiados no son objeto de un concreto tratamiento frente a otros reos comunes de larga duración. La forma de reducir la posibilidad de cometer futuros delitos, por tanto, se limitaría al internamiento hasta el límite de la duración legalmente establecida<sup>45</sup>.

Esta forma de ejecutarse la custodia de seguridad determina que en ella se aprecien no solo las finalidades de prevención especial resocializadora, sino también intimidatoria. Dicho elemento de disuasión que comporta la medida de seguridad indefinida tendría características punitivas. Es decir, materialmente la imposición de una custodia de seguridad sin límite temporal constituye una pena adicional en la medida en que persigue la protección de la sociedad frente al sujeto peligroso a través de su internamiento indeterminado. Y no solo se trataría de una simple pena de prisión cualquiera,

---

<sup>42</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 74 y 75, también 126.

<sup>43</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 131: "... en lo que concierne a la determinación e implementación de la resolución de la custodia de seguridad, la Corte constata que la custodia de seguridad se impone por un tribunal sentenciador (penal), (y) su ejecución se establece por los tribunales responsables de la ejecución de sentencias, esto es, por tanto, tribunales pertenecientes al sistema penal de justicia, en un proceso separado...".

<sup>44</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 127.

<sup>45</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 128 y 129.

como ya se ha señalado anteriormente, sino de una de las más severas, quizá, incluso, la más grave<sup>46</sup>.

En conclusión, se contempla materialmente la custodia de seguridad como una pena adicional impuesta al culpable de determinado delito o delitos que revelan su peligrosidad. Pues sus finalidades intimidatorias preventivo-especiales y preventivo-generales (disuasoria, según la terminología del TEDH) se constituirían como elementos esenciales, y con mayor relevancia, que el objetivo resocializador. Y así se ha considerado atendiendo a la forma en que se aplica esta institución en la realidad penitenciaria. En este sentido afirma el TEDH, con rotundidad, que en todo caso el objetivo preventivo (intimidatorio) puede ser considerado como una pretensión punitiva y ser entendido como un elemento constitutivo de la noción de punibilidad<sup>47</sup>. A efectos, por tanto, de la CEDH, la custodia de seguridad regulada en el StGB es considerada como una pena<sup>48</sup>. Más todavía, la transformación legal de la custodia de seguridad de diez años a indefinida, y su materialización a través del correspondiente órgano judicial penitenciario, sería considerada como una medida que afectaría no ya a la mera aplicación o ejecución de la pena, sino a la Constitución de la pena en sí misma considerada<sup>49</sup>. Finalmente, tratándose sustancialmente de una pena, la reforma legal de 1998 que se le aplicó a M., y que agravó su custodia de seguridad de diez años hasta su prolongación indefinida, violaba la prohibición establecida expresamente en el art. 7.1 (segundo inciso) de la CEDH (“Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”)<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 132: “Therefore, the Court cannot but find that this measure appears to be among the most severe –if not the most severe– which may be imposed under the German Criminal Code”. El TEDH apostilla que en el caso concreto de M. (sujeto peligroso custodiado), la medida de seguridad superó en más de tres veces la duración de la pena impuesta por los mismos hechos.

<sup>47</sup> “In any event, as the Court has previously found, the aim of prevention can also be consistent with a punitive purpose and may be seen as a constituent element of the very notion of punishment (see *Welch*, cited above, § 30)”. STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 130.

<sup>48</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 133.

<sup>49</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 135.

<sup>50</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 137 (“In view of the foregoing, the Court concludes that there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention”).

**b. La nueva interpretación jurisprudencial de la consideración de los beneficios penitenciarios en la liquidación de la condena, constituye una pena más grave.** En el caso español, el TEDH también se pregunta si la nueva interpretación jurisprudencial que aplica los beneficios penitenciarios a reos condenados con arreglo al C. P. de 1973 tomando en consideración todas las penas (y no el límite de los 30 años), es una medida que afecta meramente a la ejecución de la sanción punitiva o compromete a su propia esencia y sustancia<sup>51</sup>. Pero más relevancia le otorga al hecho de si en la época en que la demandante llevó a cabo los hechos y fue enjuiciada, existía una regla, determinada por la práctica jurisprudencial, estable, permanente, sin variaciones, claramente asentada en relación con la forma del cumplimiento de la condena en atención a la redención de penas por el trabajo realizado en prisión. Y, claro está, llega a una primera conclusión en el sentido de que dicha regla, afirmada por el TS y seguida por el resto de tribunales inferiores, tomaba en consideración el límite de los 30 años de la condena para aplicar estos beneficios penitenciarios. Y se pregunta también si, por esta razón, Del Río Prada podía razonablemente prever y conocer esta forma de acortamiento de la condena. También la respuesta es aquí afirmativa<sup>52</sup>. Siguiendo dicha práctica jurisprudencial, podía contar con que un tercio de su condena, cuyo límite eran esos 30 años, sería reducida por trabajos en prisión, pues esa era la realidad del cumplimiento de la pena que podía vivir por la experiencia relatada en el caso de otros compañeros de la banda terrorista que se hallaban en prisión.

A ello, el TEDH añade otras precisiones en relación con los principios penales, como, por ejemplo, la manifestación realizada en el sentido de que el axioma de la legalidad de los delitos y de las penas establecido en el art. 7.1 de la CEDH prohíbe la interpretación extensiva desfavorable al reo<sup>53</sup>. Y, en este sentido, añade que la nueva doctrina del TS aumenta retroactivamente la pena de la demandante en casi 9 años, lo cual hace inoperantes los beneficios penitenciarios. Es por ello que se considera que esta diferenciación, entre la imposición de la pena en sí misma considerada y sus modalidades de eje-

<sup>51</sup> No es mi intención realizar una investigación sobre la evolución de la interpretación del principio de legalidad penal en la jurisprudencia del TEDH. Recientemente, se han publicado excelentes trabajos que se ocupan de esta problemática. CUERDA ARNAU, Op. cit., p. 68 y 69; LANDA GOROSTIZA, Op. cit.

<sup>52</sup> Sentencia del TEDH de 10 de julio de 2012 (Del Río Prada contra España), núms. 53-55, 60-61.

<sup>53</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 57.

cución, deja de tener relevancia en el caso presente cuando aparece una sanción mucho más grave (casi un tercio superior)<sup>54</sup>. Aun así, estima el TEDH que la denominada “Doctrina Parot” afecta más al mismo alcance de la pena impuesta que a la forma de su ejecución, precisamente porque alarga su duración considerablemente<sup>55</sup>. Además, como resalta el TEDH, no existió precedente de esta nueva jurisprudencia, y se aplica tras estar vigente ya el Código Penal actual más de diez años (la fecha de la STS es de 28 de febrero de 2006)<sup>56</sup>. Todo ello sin que hubiera concurrido ninguna nueva circunstancia que justificara el cambio jurisprudencial. En el fondo, aunque el TEDH no lo menciona, concurría una nueva circunstancia, ésta que determinaba que Henri Parot tenía que abandonar la prisión, y ello determinó un cambio de política criminal en el TS.

La nueva regla, por tanto, se ejecuta muy posteriormente a la realización de los hechos, del enjuiciamiento, y de la vigencia del C. P. de 1973, e incluso prácticamente en el final del cumplimiento de la condena de la demandante, trasladando el espíritu de las reformas del C. P. de 1995 al texto derogado. Era imposible que Del Río Prada pudiera en su día (cuando los hechos se llevaron a cabo y enjuiciaron) prever este cambio de aplicación de la ley y saber que su condena podía superar casi en un tercio a la que era liquidable en esos tiempos<sup>57</sup>. Con la nueva liquidación de la condena, la Audiencia Nacional impuso una pena más grave que la establecida en el momento de perpetrarse los hechos, y con ello se produce una violación del art. 7.1 del CEDH<sup>58</sup>.

Al igual que en el caso M. contra Alemania, el TEDH huye del etiquetamiento formalista para analizar la violación de la garantía de la legalidad de los delitos y de las penas tutelada en la CEDH. Para ello tiene que romper con varias calificaciones de purismo técnico-jurídico que hubieran determinado el blindaje del menoscabo al correspondiente derecho fundamental. No se trata de una mera interpretación jurisprudencial que varía con el cambio de circunstancias, sino de una auténtica regla que determina el alcance de la pena impuesta. No se trata de una mera transformación de los criterios dosimétricos de la ejecución de la pena, sino del establecimiento de otra

<sup>54</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 58.

<sup>55</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 59.

<sup>56</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 62.

<sup>57</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 63.

<sup>58</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 64.

pena distinta (determinada con posterioridad y de mayor gravedad). La nueva pena se aplica, en perjuicio de reo, retroactivamente, imponiéndose cuando el C. P. había perdido vigencia hacía ya casi 15 años, cuando habían transcurrido los hechos, se había enjuiciado a la demandante y estaba a punto de finalizar su condena. Se vulneraba el primer fundamento del principio de legalidad, la seguridad jurídica. Pues de ninguna forma se pudo prever con anterioridad al nacimiento de esta norma jurisprudencial que la condena podría aumentar un tercio conforme a los criterios que había seguido en el pasado el mismo tribunal que la generó.

**3.** *El derecho a la libertad y la arbitrariedad de los poderes públicos en el sistema penal frente al sujeto peligroso o socialmente indeseable.* Hasta aquí se ha podido comprobar que en los casos M. en Alemania, y Del Río Prada en España, se vulneró el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Pues tanto a uno como a otra se le impuso una sanción más grave que la que estaba estipulada legalmente cuando acontecieron los hechos por los que fueron condenados. La violación del principio de legalidad se proyectaba sobre la violación del principio de irretroactividad de medidas desfavorables al reo. Dado que, también en ambos casos, la pena más grave estuvo determinada (legalmente en M., jurisprudencialmente en Del Río Prada) con posterioridad al momento de ejecución de las infracciones punibles y de su enjuiciamiento.

El menoscabo de estas garantías constitucionales, a su vez, incidió realmente sobre ambos sujetos en uno de sus derechos fundamentales más valiosos: la libertad. En efecto, de haber progresado la interpretación de los respectivos órganos jurisdiccionales de uno y otro país, e incluso del *BVerfG* y del TC, M. podría seguir encerrado toda su vida y Del Río Prada hasta el año 2017. La intervención del TEDH ha frenado esta prolongación de la privación de libertad, pero no ha podido evitar los excesos que ya se han cometido, y se están todavía perpetrando. Así, a M. le correspondían, como máximo, 15 años interno (cinco de prisión y diez de custodia de seguridad), mientras que en realidad estuvo encerrado 23 años. Y Del Río Prada debería haber abandonado el centro penitenciario en el verano de 2008, y, sin embargo, continúa en él cuatro años y medio después.

Desde la hipótesis que constantemente se está defendiendo en este trabajo, esa privación de libertad obedecía, en ambos casos, a una clara intención de no permitir que los sujetos abandonasen su prisión. Pues tanto en Alemania como en España, se estaba imponiendo una

política criminal de endurecimiento punitivo frente a sujetos peligrosos y terroristas, fuertemente auspiciada por los medios de comunicación. Los dos supuestos presentados aquí reflejarían, desde mi punto de vista, los excesos de esa política criminal que no se para ante la barrera (no siempre infranqueable) del Derecho Penal garantista. No obstante, interesa ahora examinar, desde una perspectiva comparativa y común, si dichas privaciones de libertad estuvieron justificadas o, por el contrario, fueron arbitrarias a la luz del CEDH.

En los dos supuestos se trataba de determinar si la decisión de los tribunales competentes de no conceder la finalización de la custodia o de la condena (por determinarlo así una reforma legal o una interpretación jurisprudencial posterior), vulneraba el derecho a la libertad tutelado en el art. 5.1, letra (a), del CEDH<sup>59</sup>.

En dicho precepto, se justifica la privación de libertad cuando es ordenada legalmente por una sentencia dictada por el órgano jurisdiccional competente. Y ambos sujetos fueron internados por sentencia firme de tribunales competentes tras el correspondiente proceso legal en una primera fase que nadie discute. Pero cuando se sobrepasan los términos de lo inicialmente establecido o previsto en la respectiva condena, ahí aparecen las dudas, más que razonables, sobre la legalidad de estas posteriores detenciones en centro penitenciario.

En este sentido, también se exige que el periodo de privación de libertad que se ataca como arbitrario (a partir del 8 de septiembre de 2001 en el caso de M., a partir del 3 de julio de 2008, en el caso de Del Río Prada) esté conectado causalmente, y de forma suficiente, con la condena del tribunal sentenciador. Y esta relación de causalidad no se comprende exclusivamente en términos cronológicos, sino, sobre todo, de motivación: las condiciones básicas del internamiento tienen que corresponder con las establecidas en la sentencia condenatoria<sup>60</sup>.

En relación con este segundo periodo, el límite temporal máximo del cumplimiento de la custodia de seguridad que impuso el tribunal sentenciador a M. en 1986 era 10 años, el vigente entonces con arreglo a la normativa del *StGB*. La ulterior privación de libertad que superaba esos diez años no fue establecida por ese tribunal

<sup>59</sup> Al respecto, *vid supra*, nota 8.

<sup>60</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 97; y 10 de julio de 2012, núm. 72. Ambas resoluciones expresan en este punto una doctrina muy asentada en el TEDH.

sentenciador, sino por otro distinto que aplicaba la *reforma in peius* establecida por la ley de 1998 (que suprimía ese plazo de los 10 años, quedando a partir de entonces indeterminado). De esta forma, "... la Corte considera que no hubo la suficiente conexión causal entre la condena del demandante por el tribunal sentenciador en 1986 y la posterior privación de libertad tras el periodo de custodia de seguridad de diez años, que solo fue hecho posible por la ulterior reforma de la ley de 1998"<sup>61</sup>.

Mayores dificultades tiene el TEDH para justificar la violación del art. 5.1, letra (a), de la CEDH en el supuesto español. Pues ciertamente la Audiencia Nacional había considerado inicialmente como fecha de finalización del cumplimiento de la condena de la demandante, finales de junio de 2017. Luego no se puede decir que la prolongación de su privación de libertad a partir del 3 de julio de 2008 no estuviera prevista en la sentencia condenatoria.

Para escapar de esta consideración inobjetable, el TEDH rechaza de nuevo la consideración formalista del argumento y opta por una interpretación material. Aunque ciertamente Del Río Prada fue condenada a 30 años de prisión, esta condena era formal, pues materialmente a ella se le reducía aproximadamente un tercio de la condena en virtud de la aplicación de los beneficios penitenciarios por trabajos realizados en prisión. La calidad de la ley, por tanto, determinaba que a ella le era accesible y previsible el dato de que su internamiento sería de poco más de 20 años, lo cual venía siendo la regla general sin excepción alguna para supuestos de acumulación de penas de gran entidad. Al producirse el cambio de interpretación jurisprudencial por el TS, se lleva a cabo un alargamiento de la condena a cumplir en casi 9 años, rompiéndose así la previsión establecida por el tribunal sentenciador y esta prolongación del encierro, y con ella, la conexión entre la condena de aquél y la ulterior privación de libertad a partir del 3 de julio de 2008. Pues "... ella no pudo prever en el momento en el que todas sus penas fueron acumuladas que el método de cálculo de la remisión de penas sería objeto de un cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo en 2006 y que ese cambio le sería aplicable de forma retroactiva"<sup>62</sup>. Ciertamente, creo que esta argumentación es válida para fundamentar la violación del art. 7.1, pero no la del 5.1, letra a), del CEDH en relación con la condena de España.

<sup>61</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 100.

<sup>62</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 74.



La conclusión en ambos casos es la misma. En consecuencia, en el supuesto de M., hubo una vulneración del art. 5.1 de la CEDH<sup>63</sup>. Y el TEDH también estima que, a partir del 3 de julio de 2008, el internamiento de la demandante ya no es regular, existiendo, por tanto, un menoscabo del art. 5.1 de la Convención<sup>64</sup>.

Como consecuencia de todo ello, el TEDH condena los respectivos países a dejar inmediatamente en libertad al custodiado y a la reo, y a indemnizarles económicamente a causa del periodo que estuvieron internados ilegalmente en prisión<sup>65</sup>.

### III. CONCLUSIONES

Hasta épocas muy recientes, tanto los tribunales supremos como los tribunales constitucionales de los países democráticos han constituido una auténtica barrera frente a la Política Criminal de los gobiernos y legisladores cuando ésta superaba los límites marcados por el respeto a unos mínimos en el marco de los derechos humanos. Los fines del gobierno, o incluso del legislador, se han ido circunscribiendo a mantener el orden público y la paz social frente a la inseguridad ciudadana. También en los Estados democráticos, el poder necesita límites externos a su misma institucionalización, pues la tendencia es superar las fronteras de lo que razonablemente debería ser un moderado ejercicio del mismo. Dichas fronteras al moderado y razonable ejercicio del poder punitivo han venido tradicionalmente establecidas por los órganos jurisdiccionales o constitucionales que se han encargado de velar por el respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas, fuera el Tribunal Supremo, fuera el Tribunal Constitucional. Dependiendo del sistema jurídico que imperase en cada país, uno u otro han ido anulando los actos de gobierno, los decretos o las leyes de los parlamentos que vulneraban de una u otra forma las garantías de los ciudadanos. Y ello aun cuando las razones alegadas por los poderes ejecutivo o legislativo estuvieran fundamentadas en un interés general en el mantenimiento de la seguridad ciudadana. En este sentido, se traen a colación el clásico reforzamiento de ideas de proteger a las víctimas inocentes de desalmados delincuentes, de buscar el necesario castigo a los delitos, de evitar la impunidad, de velar por la tranquila y segura

<sup>63</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 105.

<sup>64</sup> STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 75.

<sup>65</sup> STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 138 y ss., STEDH de 10 de julio de 2012, núms. 83 y ss.

convivencia entre personas honradas, impedir que los delitos “salgan gratis” a los delincuentes, o que “estos se vayan de rositas”, etc. Es entonces cuando las máximas instancias políticas del Estado, gobierno y parlamento, reaccionan proponiendo y aprobando leyes que, como si de un eficaz medicamento se tratase, están diseñadas para curar estos males y hacer frente a la enfermedad del delito.

Sería ahora prolijo recurrir a todos los ejemplos que hemos encontrado en las últimas décadas de esta exacerbación punitiva. He tomado en consideración dos casos en los que la violación de derechos fundamentales fuera incuestionable (en la medida en que ha sido objeto de sendas resoluciones en este sentido del TEDH). En ellos se percibe muy bien los excesos de una política criminal de (aparentemente) máxima seguridad ante sujetos peligrosos o socialmente indeseables que han satisfecho su pena y su deuda con la Justicia. Y también es común en este objeto de análisis la extensión de esta ideología “efectivista”, de lucha sin cuartel contra la inseguridad ciudadana, a las permeables decisiones de los órganos jurisdiccionales o constitucionales más elevados de la nación, quienes deberían velar por el fortalecimiento del Estado de Derecho. Dado que se tiene la impresión de que ese principio de protección a ultranza de la sociedad y de las futuras víctimas puede justificar violaciones de principios constitucionales básicos que informan al Derecho Penal garantista.

Estos tribunales han reaccionado de forma paralela en Alemania y España desde la perspectiva ideológica, aunque bajo presupuestos legales totalmente distintos. Con todo, si se mira bien, la problemática se asemeja bastante.

En Alemania, una serie de sujetos de alta peligrosidad tenían que pasar al estado de ciudadanos libres, pues se cumplía el plazo máximo de 10 años de custodia de seguridad tras el cumplimiento de su condena. Para evitar esta liberación, el legislador reformó el *StGB* en 1998, y agravó esta medida al prolongar indefinidamente su duración. La reforma se aplicó retroactivamente a esos sujetos para que siguieran encerrados indefinidamente.

En España tenían que abandonar la prisión un grupo de reos de delitos de terrorismo que se consideraban peligrosos, en tanto que tras muchos años de cumplimiento de condena, ni habían manifestado arrepentimiento alguno por los execrables crímenes perpetrados, ni abandonaron la organización terrorista ETA, ni demostraron deseo

alguno de dejar las armas cuando alcanzaran la libertad. Si España hubiera conocido una institución como la custodia de seguridad alemana, es posible que éste fuera un caso claro de aplicación. Pero como no existía esta posibilidad, la Audiencia Nacional primero, y después el Tribunal Supremo, llevaron a cabo una jurisprudencia que cambió la forma de computar la acumulación de penas y los beneficios penitenciarios de los internos, de tal suerte que éstos pasaron al tiempo de cumplir su condena (con los criterios que había seguido unánimemente la jurisprudencia cuando fueron sentenciados) de tener derecho a gozar de libertad, a prolongar su prisión en casi un tercio más. El TS español, por tanto, aplicó esta nueva forma de determinar la pena de cumplimiento (que nunca antes había aplicado) y estableció retroactivamente una nueva pena, más grave, y que impedía al condenado abandonar su reclusión en el momento que le correspondía, según había sido la interpretación sin fisuras de esos tribunales (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) con anterioridad.

La razón de este cambio, aunque no viniera expresamente manifestada en la resolución que estableció esta doctrina, es la misma que llevó al legislador alemán a agravar en sucesivas reformas la institución de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*). Y no es otra que evitar que sujetos muy peligrosos o socialmente indeseables volvieran a recobrar la libertad (en el caso alemán) tras la finalización de su custodia o, (en el caso español), tras el cumplimiento de su pena. El legislador alemán y los tribunales españoles, fundados en ese motivo, y con gran presión de los medios de comunicación, justificaron la clara vulneración de un principio esencial del Derecho Penal democrático, el axioma que impide aplicar retroactivamente medidas punitivas desfavorables al interno (sea custodiado o reo) derivadas de una reforma legal o nueva jurisprudencia, que aconteció con posterioridad a la imposición de la medida de seguridad o al establecimiento de la condena.

En ambos casos, los afectados recurrieron a los respectivos tribunales constitucionales (*BVerfG* alemán, TC español). Y en ambos supuestos, los respectivos órganos constitucionales rechazaron la inconstitucionalidad de la ley de reforma (en el caso alemán) o denegaron el amparo (salvo alguna situación excepcional, en el caso español). La pregunta que habría que responder es cómo es posible que una tal tamaña violación de derechos fundamentales, evidente para la gran mayoría de la doctrina especializada, fuera pasada por alto por tan relevantes instancias jurisdiccionales o constitucionales.

La respuesta la podemos encontrar en la influencia ideológica que se produce en estas instituciones en las últimas décadas, en la influencia del “efectivismo”, de la respuesta formal a los problemas sociales más relevantes sin una solución material a los mismos, en el mensaje simbólico de las resoluciones jurisdiccionales para calmar la alarma social, en el recurso a la tecnocracia como fundamento de la gestión de los conflictos y en el abandono de los valores (con sus derechos fundamentales y garantías constitucionales). Pues dichos valores son contemplados como obstáculos de aquella gestión eficaz y necesaria de los asuntos relacionados con la seguridad ciudadana<sup>66</sup>.

El problema, por tanto, reside en que los órganos constitucionales, merced a su politización creciente, se convierten en órganos ideológicos del Estado, y van perdiendo poco a poco su independencia y la función que motivó su creación: la defensa de la Constitución frente a los actos de los tres poderes que pudieran contradecirla y, en especial, la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades de los ciudadanos frente al poder público. Por el contrario, el Tribunal Constitucional, y en ocasiones el Tribunal Supremo, ya no contemplan si el acto obedece a una ley inconstitucional por violar los principios más básicos del Texto Fundamental, o si la resolución jurisprudencial crea una doctrina más gravosa a los derechos del reo que se aplica retroactivamente. En realidad, se está actuando desde otra perspectiva.

Cuando el *BVerfG* establece que no es inconstitucional la prolongación de la privación de libertad a quien se le impuso una medida de seguridad cuyo límite era diez años (y que una ley posterior elimina ese límite hasta quedar indefinido), no está pensando tanto en el fundamento del Estado de Derecho que supone la seguridad jurídica y el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables al interno (plasmación de dicho valor constitucional). Sino que más bien está calculando los riesgos de la seguridad ciudadana y la repercusión de la alarma social si permite que un sujeto peligroso quede en libertad tras el cumplimiento de su condena y de la ulterior custodia de seguridad. Y, en idéntico sentido, cuando el TC español decide que no viola ningún principio constitucional cambiar el criterio jurisprudencial que aplicaba ciertos beneficios peni-

---

<sup>66</sup> Sobre la influencia de la ideología de la globalización en la política criminal diseñada para hacer frente a la peligrosidad del sujeto imputable, ya me he pronunciado en varias ocasiones. Entre otros, BORJA JIMÉNEZ, *Custodia de seguridad*, Op. cit.

tenciarios a una pena conjunta de treinta años, y los proyecta sobre las concretas penas individuales (lo que suponía de facto extender el castigo en torno a un tercio más), tampoco piensa en esos mismos fundamentos constitucionales que vertebran el sistema penal. Más bien tiene en mente la tragedia que supone la excarcelación de un terrorista peligroso que no se arrepiente de los execrables crímenes perpetrados.

Se está entonces asumiendo la ideología de la globalización, porque se pretende, efectivamente, contribuir a una mayor seguridad ciudadana, eliminando los obstáculos que representan la teoría tradicional y (aparentemente) superada del Estado de Derecho.

Pero cuando llegamos a un órgano jurisdiccional internacional, totalmente independiente, que enjuicia a los Estados de Europa en el ámbito del respeto a los derechos humanos concentrados en el correspondiente convenio europeo, entonces la perspectiva es otra. Es la perspectiva de un órgano jurisdiccional que vela realmente por el respeto material de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los Estados democráticos de Derecho europeos. Y como no podía ser de otra forma, ha entendido, con excelente criterio, que ciertas leyes de reforma de la *Sicherungsverwahrung* y las decisiones últimas del *BVerfG* (en el caso de Alemania), como la famosa “Doctrina Parot” creada por el TS y avalada por el TC (caso español), son contrarios, en uno y otro, al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Y, en efecto, en ambos casos, la respuesta del Tribunal de Estrasburgo fue muy similar. La aplicación retroactiva de la reforma de la custodia de seguridad alemana, o de la nueva doctrina jurisprudencial española del establecimiento del cómputo de cumplimiento de la pena, era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pues se atentaba al principio de legalidad penal (y su derivado de prohibición de retroactividad desfavorable al reo) y a los derechos de libertad y seguridad. En ambos casos el TEDH conminaba a los respectivos países para que restituyesen la libertad a los demandantes afectados. Y ello se explica porque el Alto Tribunal europeo no ha visto la necesidad de contribuir con la función de protección de la sociedad frente a la peligrosidad de reos que han cumplido su condena. Ni tampoco se somete a las feroces presiones de los medios políticos o de comunicación de masas de los Estados parte. Se limita a determinar la existencia o inexistencia, en la actuación de los poderes públicos de esos Estados parte, de violaciones de los derechos humanos contenidos en el correspondiente convenio europeo. Una

función propia del Estado de Derecho que no se ve superada por la ideología tecnocrática y “efectivista” de la globalización. O, visto desde otro prisma, dicha actuación del TEDH puede estimarse que fortalece ese otro aspecto de la mundialización que contribuye a extender en toda Europa la necesidad de respetar materialmente los derechos humanos.

En el fondo, estas medidas “efectivistas”, destinadas a neutralizar al sujeto peligroso o socialmente indeseable, procedentes del pensamiento de la globalización, cuando el tiempo las templó suficientemente, se descubre que no son, en absoluto, eficaces. El proceso de endurecimiento de la custodia de seguridad en Alemania ha conducido, finalmente, a la práctica derogación de casi toda la institución, con un mayor problema de seguridad e incertidumbre en relación con los sujetos peligrosos liberados. Y algo similar ocurrirá con la Doctrina Parot, y la necesaria puesta en libertad de muchos presos que han recurrido al TEDH. Y cuando se prescinde de las libertades y garantías del ciudadano, y se sustituyen por un tecnicismo recubierto de razones de Estado, lejos de resolverse las deficiencias, los conflictos y los problemas de seguridad, se crean otros de mayor envergadura. Y es por ello que desde la perspectiva de un Estado democrático, es obligado dar marcha atrás, con la consecuencia de la pérdida inútil de un potente caudal de derechos humanos, violados innecesariamente<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> En este sentido, explica Hans Jörg ALBRECHT cómo la evolución de la política de seguridad imperante en estos días en los países occidentales, pese a su fracaso, continúa por la vía del endurecimiento punitivo. “... El fuerte incremento de la criminalidad que se percibió en todos los países industriales occidentales en los años sesenta y setenta puso de manifiesto, en definitiva, los límites del poder estatal y de la persecución penal en los controles de la criminalidad... Ni las inversiones en la política del bienestar, ni tampoco las inversiones en el sistema de control penal están necesariamente vinculadas con efectos manifiestos sobre las cifras de criminalidad... Esto también lleva consigo modificaciones en la política criminal, que a partir de ahora se identifica cada vez menos con la claramente poco rentable pretensión de reducir la criminalidad, sino con una *expresiva* programática que sitúa el centro de gravedad en tranquilizar a la opinión pública y en el (re-)establecimiento de la confianza de la población en las instituciones estatales”. ALBRECHT, Hans-Jörg. *Kriminologische Perspektive: Sicherheit und Prävention in strafrechtlichen Sanktionensystemen*. En: KOCH, Hans-Georg (Coord.). *Wegsperrten? -Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter: Internationaler Vergleich, Kriminologische Perspektiven*. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 431 y ss., 445.

Aunque parece obvio, en estos tiempos de grandes pérdidas de derechos sociales y civiles, habrá que recordar que la mejor Política Criminal es aquella que profundiza en el Estado Social y en el Estado de Derecho. Y si no podemos profundizar en ello, al menos habrá que insistir para que perdure y no sucumba. En el TEDH hemos encontrado un fuerte aliado para recuperar, aunque sea mínimamente, éste, nuestro Estado de Derecho.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, Hans-Jörg. Kriminologische Perspektive: Sicherheit und Prävention in strafrechtlichen Sanktionensystemen. En: KOCH, Hans-Georg (Coord.). Wegsperrten? -Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter: Internationaler Vergleich, Kriminologische Perspektiven. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 431 y ss., 445.

ALEX, Michael. Die Anhörung im Bundestag zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Ein Beispielfall für die parlamentarische Geringschätzung von Sachverständigen. En: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011), p. 266 y ss.

----- Nachträgliche Sicherungsverwahrung: ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel. Diss, Bochum, 2010, 180 p.

AUDIENCIA NACIONAL. Auto de 26 de abril de 2005.

AUDIENCIA NACIONAL. Auto de 23 de junio de 2008.

AUDIENCIA NACIONAL. Auto de 10 de julio de 2008.

AUDIENCIA NACIONAL. Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de 13 de octubre de 2009.

ARRATIBEL PASTOR, Izaskun. La redención de penas y la doctrina Parot llegan al TC. En: Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, 2012, p. 99-101.

BALTZER, Ulrich. Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters: Eine Herausforderung an den Gesetzgeber. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, 2005, 311 p.

BARTSCH, Tillmann. Sicherungsverwahrung: Recht, Vollzug, aktuelle Probleme. Baden-Baden: Nomos, 2010, 404 p.

BENÍTEZ DE LUGO GUILLÉN, José Mariano. El Tribunal de Estrasburgo y la "Doctrina Parot", En: El siglo de Europa, núm. 983, 2012, p. 24.

BÖHM, María Laura. El ente inseguritas y la inseguridad del Derecho Penal. Reflexiones a partir del caso alemán. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3 (abril, 2012), p. 156 y ss.

------. Der 'Gefährder' und das 'Gefährdungsrecht': eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y concepciones del Derecho Penal. En: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIX. Universidad Santiago de Compostela, 2010, p. 141-206.

------. Acerca de lo universal y de lo particular del Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

------. Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites. En: Revista General de Derecho Penal, núm. 18 (2012).

CALDERÓN MALDONADO, Francisco Antonio. Cumplimiento de las penas: análisis de la Doctrina Parot y del denominado doble cómputo de la prisión provisional. En: Diario La Ley, núm. 7671 (2011).

CUERDA ARNAU, María Luisa. Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Río Prada c. España). En: Revista Penal, núm. 31 (2013), p. 52-69.

CUERDA ARNAU, María Luisa/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma. En: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo/GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta/VILLA SIEIRO, Sonia Victoria. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Madrid: Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 747-775.

DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael. El "caso Troitño" y la "Doctrina Parot". En: Actualidad Administrativa, núm. 14 (2011), p. 1.

DOLZ LAGO, Manuel. Doctrina Parot aplicada al doble cómputo de la prisión provisional en la acumulación de condenas. En: Diario La Ley, núm. 7679 (2011).

EGMR 21.10.10, Sicherungsverwahrung innerhalb der zur Zeit der Tat und der Verurteilung gesetzlich vorgeschriebenen Höchstdauer konventionsgemäss. Grosskopf gegen Deutschland. En: Europäische Grundrechte Zeitschrift, núm. 38 (2011), p. 20 y ss.

EGMR 13. 1. 11, Nachträglich verlängerte Sicherungsverwahrung. Kallweit gegen Deutschland. En: Europäische Grundrechte Zeitschrift, núm. 38 (2011), p. 255 y ss.



GRABENWARTER, Christoph. Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland. En: Juristen Zeitung (2010), p. 857 y ss.

HÖRNLE, Tatjana. Der Streit um die Sicherungsverwahrung: Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011. En: Neue Zeitschrift für Strafrecht, núm. 31 (2011), p. 488 y ss.

KINZIG, Jörg. Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung. En: Neue Juristische Wochenschrift, núm. 64 (2011), p. 177 y ss.

----- Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäte. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung. (2. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 364 p.

----- Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland. En: Neue Zeitschrift für Strafrecht (2010), p. 233 y ss.

KILCHLING, Michael. Die Zukunft der Sicherungsverwahrung? En: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011), p. 1-3.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot. En: InDret 4/2012, 25 p.

LAUE, Christian. Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand: zugleich eine Anmerkung zu EGMR, M. vs. Deutschland v.17.12.2009-19359/04. En: Juristische Rundschau (2010), p. 198 y ss.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. Caso Parot. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.): Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal. Madrid: La Ley, 2011, p. 895 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Reflexiones sobre el "caso Troitiño", la "Doctrina Parot" y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo. En: La Ley, núm. 7654 (2011).

MARTÍN PALLÍN, José Antonio. La Doctrina Parot severamente rechazada. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 848, 2012, p. 3.

MELGAR, Julián. La vigencia de la "Doctrina Parot", entrelazada con el caso "Troitiño": algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas. En: Diario La Ley, núm. 7635 (2011).

MILDE, Oliver. Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004. Hamburg: Verlag Kovač, 2006, 389 p.

MITSCH, Wolfgang. Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr? En: Juristische Schulung, núm. 9 (2011), p. 785 y ss.

MUÑOZ CLARES, José. Sobre la llamada "Doctrina Parot". En: Revista General de Derecho Penal, núm. 18, 2012, p. 1-18.

MUSHOFF, Tobias. Strafe, Maßregel, Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2008, 690 p.

MÜLLER, Jürgen Leo/STOLPMANN, Georg/FROMBERGER, Peter/HAASE, Kessy Ann. Legalbewährung nach Gutachten zur nachträglichen Sicherungsverwahrung. En: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011), p. 253 y ss.

ORTS BERENGUER, Enrique. Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda de lo penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (caso Parot). En: ReCrim (2009), p. 27 y ss.

PEGLAU, Jens. Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung: Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung. En: Neue Juristische Wochenschrift, núm. 64 (2011), p. 1924 y ss.

RADTKE, Henning. Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17.12.2009. En: Neue Zeitschrift für Strafrecht (2010), p. 537 y ss.

REMDE, Carina, Die Zukunft präventiven Freiheitsentzugs vor dem Hintergrund der EMRK. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2012, 146 p.

SANJUÁN GARCÍA, Pablo. La redención de penas en la acumulación de condenas: La "Doctrina Parot". En: Lex nova: La revista, núm. 54 (2008).

SCHÖCH, Heinz. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung. En: Goldammer's Archiv für Strafrecht (2012), p. 14-31.

STRENG, Franz. Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Zum Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 4.5.2011. En: Juristenzeitung, núm. 17 (2011), p. 827 y ss.

TAJADURA TEJADA, Javier. La Doctrina Parot. En: Claves de Razón Práctica, núm. 222, 2012, p. 98-109.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. Sentencia de 5 de febrero de 2004 (2 BvR 2029/01).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. Sentencia de 10 de febrero de 2004 (2 BvR 834, 1588/02).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. Auto del 22 de diciembre de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 147/1988, de 14 de julio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 237/1998, de 14 de diciembre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 31/1999, de 8 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 40/2012, de 29 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 14/2012, de 29 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 41/2012, de 29 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 57/2012, de 29 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 62/2012, de 29 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 67/2012, de 29 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 68/2012, de 29 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 69/2012, de 29 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Auto TC 94/2012, de 21 de mayo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 108/2012, de 21 de mayo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 113/2012 de 24 de mayo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 114/2012, de 24 de mayo.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE FRANKFURT AM MAIN. Decisión de 26 de octubre de 2001.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 13 de enero de 2011, núm. 17792/07, *Kallweit v. Germany*.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 13 de enero de 2011, núm. 20008/07, *Mautes v. Germany*.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 13 de enero de 2011, núm. 27360/04 y 42225/07, *Schummer v. Germany*.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 10 de julio de 2012, asunto núm. 42750/09. *Del Río Prada contra España*.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009, asunto núm. 19359/04 (caso M. contra Alemania).

TRIBUNAL REGIONAL DE MARBURG. Decisión del 10 de abril de 2001.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. STS 197/2006, de 28 de febrero de 2006.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. STS 197/2006, 27 de junio de 2006.

VOLKMANN, Uwe. Fremdbestimmung, Selbstbehauptung, Befreiung: Das BVerfG in der Frage der Sicherungsverwahrung. En: Juristenzeitung, núm. 17 (2011), p. 835 y ss.



LA REGULACIÓN DEL ABORTO  
EN ESPAÑA TRAS LA LEY ORGÁNICA 2/2010\*

PROF. DR. JOAN J. QUERALT\*\*

RESUMEN\*\*\*

Tras la expedición de una nueva normativa en materia de aborto en España, el presente estudio examina el bien jurídico vida a cuyo efecto aborda tópicos como la inexistencia del rango de valor supremo de la vida, la no titularidad de ningún derecho por parte del *nasciturus*, la necesidad de tener en cuenta la dignidad y la libertad de la mujer, entre otros, no obstante lo cual el autor estima que el objeto de tutela es el interés demográfico de la sociedad. Además, explora los diversos tipos de esta conducta punible y los distintos supuestos de despenalización, a la luz del nuevo diseño acogido por el legislador hispano.

PALABRAS CLAVE

Bien jurídico, vida, *nasciturus*, aborto, auto aborto, coautoría aborto, aborto agravado, aborto atenuado, aborto imprudente.

La reforma en materia de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), llevada a cabo en España por la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>1</sup>, supone un giro copernicano no solo por el alcance del

\* El presente trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación "Constitución y Derecho Penal: consecuencias en los planos legislativo y judicial", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, 2008/2010 (DER2008-04410).

\*\* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Barcelona, España.

\*\*\* Nota del Editor: El resumen y las palabras claves fueron confeccionados por la Coordinación de la Revista.

<sup>1</sup> Vid. la norma y su detalle comparativo con el Derecho preexistente en <http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/04/pdfs/BOE-A-2010-3514.pdf> y <http://www.ub.edu/dpenal/>

nivel de práctica despenalización de conductas en este ámbito, sino por la perspectiva político-criminal de la reforma, pues el punto de gravedad sobre el que se apoya es el de la sexualidad, en general, y el de la maternidad, en particular, como derecho.

A fin de no adelantar acontecimientos, paso a describir, con cierto detalle, los elementos de la nueva regulación. Para ello será necesario, valga la redundancia, empezar por el principio, esto es, el bien jurídico protegido con la incriminación del aborto y los elementos que integran la antijuridicidad y su exclusión en una segunda y tercera fases.

## I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

**A.** Pese al fuerte componente emocional que genera la mera mención del aborto, en un sentido o en otro, ello no ha de ser óbice para un estudio jurídico, esto es, normativo, lo más depurado posible, sin que ello suponga, antes al contrario, rehuir la realidad social sobre el que la norma se proyecta.

En efecto, la demanda social moderna de protección del *nasciturus* ha desencadenado una serie de polémicas que distan mucho de cancelarse. Sea como fuere, parece que en España una parte de la misma puede darse por concluida durante los próximos años. Me refiero a la cuestión atinente a si el *nasciturus* es o no sujeto de Derecho. Tanto a la vista del cuerpo de la STC 53/1985 como de los propios votos particulares, queda claro que el *nasciturus* no es titular de ningún derecho; es más, dada la expresión constitucional con la que se inicia el art. 15 CE (*todos*) e interpretada de acuerdo con los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por España (arts. 6 PIDCP y 2 CEDH), parece claro que dicho *todos* se refiere, como no podía ser menos, a las *personas*, es decir, a seres humanos nacidos y que gozan de personalidad jurídica.

Si bien reconoce dicha resolución, y con ella una importantísima corriente doctrinal, que los derechos no rigen absolutamente y que en muchas ocasiones pueden y/o deben ser limitados, no es menos cierto que i) la vida no es el valor constitucional fundamental que pretende el TC; ni ii) la vida es el máximo valor de nuestro ordenamiento vigente; es más, cabe dudar razonablemente de que la vida sea un valor.

---

Taula%20CP\_IVE\_BOE\_2010\_03\_04.pdf, respectivamente.

## B. Veamos:

1. Los valores fundamentales y supremos que coronan el ordenamiento jurídico español son, de acuerdo con el art. 1.1 CE, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La vida es, y ello no es poco, el *prius lógico* y el *sustrato material* que permite atesorar dichos valores, mediante el goce de los derechos y libertades públicas fundamentales y demás derechos legalmente establecidos y reconocidos a los ciudadanos.

2. Quienes predicán la no distinción física y valorativa entre persona humana y *nasciturus* calificando como de asesinato el aborto, olvidan que, cuando menos desde la Revolución Burguesa, la punición del aborto ha sido siempre sustancialmente inferior no ya a la del asesinato, sino a la del homicidio, lo cual es certero exponente de que para legislador más o menos liberal o más o menos autoritario, una persona y un feto no son lo mismo, sino *dos objetos radicalmente diversos*. La realidad normativa ha profundizado en este aspecto, disminuyendo sensiblemente la caracterización absoluta o prioritaria de la vida prenatal. Así:

a. El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, el llamado Convenio de Oviedo (1997), nada dice sobre que haya que entender por vida prenatal ni cuál sea su significado jurídico o grado de protección por el Derecho, lo que demuestra la disparidad de criterios jurídicos, científicos y morales al respecto.

b. Para el Derecho la constatación de la existencia de un sujeto de derechos y obligaciones es diverso del momento en que se origina un proceso vital que dará origen a una persona. O lo que es lo mismo: el proceso prenatal no confiere el estatus de persona; solo se adquiere esta condición con el nacimiento (art. 29 CC) y, por tanto, se es sujeto del derecho fundamental a la vida que contemplan tanto el art. 15 CE como el art. 2 CEDH: SSTEDH 5-9-2002, 8-7-2004 (caso Vo c/ Francia), 10-4-2007 (caso Evans c/ Reino Unido).

c. Es cierto, sin embargo, que el Derecho Penal castiga como homicidio la causación de la *muerte al nacido desde el momento del nacimiento* y ya antes de que transcurra el plazo exigido por el Derecho Civil para la adquisición de personalidad jurídica. Esta extensión de la protección penal de la persona al nacido antes de que adquiera la personalidad jurídica se debe a que el nacido posee ya una *vida independiente*. Antes del nacimiento la vida del feto depende de la madre y por ello goza



únicamente de la (menor) protección penal concedida al feto ante el aborto. El hecho de que el feto pudiera en tal caso tener vida independiente no significa que la tenga mientras siga en el claustro materno.

d. Nuestra tradición jurídica ha partido sin excepciones de este criterio de la *dependencia* de la vida intrauterina para delimitar el alcance del concepto de aborto y su distinción del homicidio. No se admite en nuestro Derecho la pauta de la posible viabilidad del feto en caso de que fuera expulsado o extraído del claustro materno.

e. O como dice la STC 53/1985: si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se salvaguardaría más a la vida del no nacido que a la del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre<sup>2</sup>.

f. En este contexto de paulatino e incesante protagonismo de la mujer, de su salud y de su seguridad jurídica, hay que entender la Resolución 1607/2008 de la Asamblea del Consejo de Europa, que insta a los países miembros a: *i. despenalizar* el aborto en plazos razonables (en la valoración de la legislación existente sitúa a España, al nivel de Irlanda, Italia y Portugal; *ii. garantizar* el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres a un aborto sin riesgo y legal; *iii. Respetar* la autonomía de elección de las mujeres y ofrecerles condiciones de una elección libre e informada; y, *iv., eliminar* las restricciones de hecho o de derecho al acceso a un aborto sin riesgo y tomar las medidas necesarias para crear las condiciones sanitarias, médicas y psicológicas apropiadas y una financiación adecuada.

C. Enlazando con esta última posibilidad, la dignidad y la libertad de la mujer no pueden dejar de ser tenidas en cuenta; en este contexto, históricamente, su relevancia ha ido en aumento en el mundo occidental, que, por ahora, ha culminado con la reciente LO 2/2010 (Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>3</sup>). Esta ley pivota sobre tres pilares fundamentales

---

<sup>2</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, Patricia. El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. *En*: Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), N.º. 68, 2005, p. 41/2, en sentido análogo.

<sup>3</sup> Contra esta norma se han alzado dos recursos de inconstitucionalidad. Por un lado, el interpuesto por parlamentarios del Grupo Parlamentario Popular (RI 4523-2010), que sin impugnar la reforma penal, cuestiona algunos aspectos que condicionan la nueva regulación, tales como, entre otros, la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva [art. 5.1 e)] la formación del personal

que informan la regulación, para lo que aquí interesa, en materia de aborto, o más modernamente, interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Estos tres ejes son:

1. Constituye el objeto de la dicha ley garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos (art. 1 LO 2/2010)
2. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes (art. 3.1 LO 2/2010).
3. Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida (art. 3.2 LO 2/2010).

El planteamiento del legislador concibe, en fin, la maternidad libremente deseada como una manifestación del derecho básico a la autodeterminación personal. Dicho de otro modo, la norma actual se aparta de la filosofía que animaba el voto mayoritario de la STC 53/1985, es decir, se aleja de una cierta filosofía (plana) de los valores. Tal filosofía no casa con la Constitución. En efecto, quien no comparta tan particular visión del mundo tendrá aún mayores dificultades para comprender cómo un valor –que indudablemente constituye la motivación del legislador–, pero no su directiva que se dice fundamental y que la Constitución no tiene como tal–, puede limitar algunos de los derechos que la propia STC 53/1985 parece reconocer a la mujer, como son su derecho a la vida, a la integridad física y moral, a su intimidad, todo ello formando parte de su propia dignidad (único momento en la sentencia en que se alude, genéricamente, a la libertad de la mujer; y la libertad es, ella sí, un valor constitucional fundamental). Sin dejar de reconocer la importancia ‘vital’ de la vida, es, en suma, significativo que se constituya como

---

sanitario (art. 8), la IVE como derecho (art. 12), el plazo para la IVE por el solo deseo de la mujer (art. 14), las causas médicas que la aconsejen (art. 15), la información previa al consentimiento informado para la IVE (art. 17.2 y 5), la práctica pública de la IVE (art. 19.2) y aspectos relacionados con la Ley 41/2002, de autonomía del paciente. Por su parte, el Gobierno de Navarra ha recurrido (RI 4541-2010) exclusivamente la obligatoriedad de las comunidades autónomas de garantizar la práctica de la IVE en su territorio (disp. final 5ª); como es sabido, en dicha Comunidad no se practica IVE alguna.

valor superior algo que *expressis verbis* la Constitución no tiene como tal. La jurisprudencia ordinaria es aún más restrictiva, centrándose en la salud de la mujer; así, SS 26-10-2000, 19-9-2001.

D. Sea como fuere, los términos acabados de exponer sirven para plantear la cuestión en su dimensión real, a fin de no enmascarar el terreno concreto del problema. Lo decisivo es saber cuáles son los intereses en juego, quiénes son sus titulares y, entonces, en qué medida unos han de sacrificarse a los otros. La STC 53/1985 nos habla de, abreviando, la dignidad de la mujer y del bien jurídico que la vida del *nasciturus* representan. De esta suerte, la libertad de la mujer, cuyo titular es ella misma, aunque no se reconociera con la intensidad que se debería, y el bien jurídico aludido, cuyo titular no se menciona, son los objetos que se ponen en los platillos de la balanza.

Pese a no considerarse constitucionalmente al *nasciturus* como sujeto de derechos, sin embargo, se le atribuye, según la meritada sentencia, la condición de bien jurídico constitucional y penalmente protegido. Tal carácter de bien jurídico le es atribuido por el discurso jurisprudencial en base a la idea de valor fundamental, idea que ha sido aquí criticada por carecer de base normativa.

Dos son, a mi juicio, los yerros de la resolución en este terreno. Por un lado, no se señala quién sea el *titular* de dicho bien jurídico, y, por otro, no creo que la vida del *nasciturus* sea el *bien jurídico-penalmente protegido* en los delitos contra la vida humana en formación. Así, el TC de la mano de la 'creación' de un valor constitucional fundamental obvia una cuestión clave: la del titular del derecho subjetivo a la vida del *nasciturus*. Al hablar de un valor, no se necesita depurar la titularidad del derecho en liza; los valores están ahí, idealmente, y son, en tanto que tales, irreales. Pero, pese a su irrealidad, gozan de una ductilidad argumentativa y retórica impresionante; tanta como para derribar un derecho, mejor dicho, un conjunto de derechos subjetivos. En un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se concibe en el art. 9.2. y 3. CE, me parece que no puede atribuírseles a valores que ni siquiera el mismo texto estatuye la función de limitación de derechos y libertades públicas fundamentales. El imperio de las garantías materiales y efectivas que tal modelo de Estado impone choca contra una limitación de aquéllos, derivada del enunciamiento de valores abstractos y, en cualquier caso, opinables, máxime cuando no están literalmente recogidos por el texto constitucional.

Al poner el TC la vida del *nasciturus* en la órbita de los valores, se pierde la posibilidad de precisar cómo sería de desear su signifi-

cado jurídico. En efecto, un objeto material, es decir, aprehensible por los sentidos, no puede ser, a la vez, tal objeto y el valor que se pretende que encarne. Esto, por un lado; por otro, como nos enseña la Parte General, el concepto de bien jurídico que cabe sostener en un Estado como el español no puede concebirse como algo ideal, sino sobre una base empírica, es decir, sensorialmente apreciable, dotada de significado, es decir, con funcionalidad social<sup>4</sup>. Así pues, en la concepción de la STC de 53/1985 la vida del *nasciturus* o es un bien jurídico o es un objeto material, pero no las dos cosas a la vez (así, p. ej. S 25-4-1995). Si es un bien jurídico, ¿cuál es el objeto material sobre el que recae la acción del sujeto activo?; si, en cambio, es el objeto material, lo cual niega el texto jurisprudencial, ¿cuál es el bien jurídico-penalmente protegido?; ¿será distinto del que lo sea jurídico-constitucionalmente?

A estos interrogantes cabe responder que el TC confunde el objeto material y el objeto (bien) jurídico, debido a su errónea concepción de la vida (y la del *nasciturus*) como valor (igualmente, SS 22-1-1999, 29-11-2001). En efecto, el objeto material sobre el que recae la acción del aborto es el *nasciturus*. Pero, en tal caso, queda por responder la cuestión central: ¿dónde está el bien jurídico? Podría responderse que el bien jurídico en el aborto es la vida del *nasciturus* y su funcionalidad social; pero ¿cuál es su funcionalidad? O, dicho de otro modo, ¿quién es el titular de este bien jurídico? La mujer evidentemente no, puesto que es la autora del delito (art. 145. 2<sup>o</sup>); el *nasciturus* tampoco, puesto que no es persona tal como acertadamente acuerda el TC. Solo queda como posible titular la sociedad. Pero la sociedad como tal solo es titular de intereses más o menos difusos, no de auténticos derechos subjetivos. O lo que es lo mismo: intereses amplios y variados, de contornos poco delimitados, cuya punición está justificada en la medida en que en el caso concreto pueda establecerse con la mayor pulcritud posible una lesión efectiva de los mismos.

E. Queda aún por responder cuál es el bien jurídico en juego; si no lo representa la vida del *nasciturus* y si el titular del eventual bien jurídico es la sociedad, cabe lógicamente inferir que el bien jurídico protegido bajo la rúbrica del aborto es un *interés demográfico*, es decir, el interés social en su propia perpetuación mediante la protección

<sup>4</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Español. Parte General. Octava edición, Barcelona: Reppertor S. L., 2008, p. 119 ss.

<sup>5</sup> Los artículos sin mención pertenecen al Código penal español (CP).

de lo que se da en llamar *spes vitae*<sup>6</sup>; interés que, si no es contemplado desde una perspectiva racista (como lo era en la franquista L 24-1-1941), es perfectamente legítimo. No lo es, en cambio, el planteamiento generalista de la S 17-6-1959 que considera protegidos simultáneamente, hipotética o realmente, todos estos bienes; su falta de precisión resulta tan llamativa como censurable en grado sumo.

Centrado así el bien jurídico, queda la cuestión relativa al inicio de la vida humana en formación, el aspecto más espinoso y polémico. Puede ponerse seriamente en duda la existencia siquiera una vida humana en formación. Si, como ya he señalado en otro lugar al hablar del bien jurídico que constituye la vida humana<sup>7</sup>, la medida que se acepta en la actualidad para determinar la muerte de un ser humano es la presencia de un electroencefalograma plano, es decir, la cesación de la actividad cortical superior, no parece haber razón suficiente para no adoptar igual planteamiento para considerar que, aunque en formación, la vida humana ya ha comenzado. Tanto por la fiabilidad del sistema como por basarse en lo que más caracteriza al hombre, la actividad cerebral, este método merece conformidad; radicalmente en contra S 30-1-1984, que considera aborto la expulsión de un embrión.

Sin embargo, tras la LO 2/2010 esa ha dejado de ser una cuestión jurídico-penal relevante. En efecto, si el legislador ha concretado ahora que la maternidad libremente deseada como un derecho de la mujer, es lógico que, mediados unos requisitos, esta *concepción ginecéntrica* genere un cambio de paradigma también en la esfera penal. Ya no se trata, como en el reciente pasado, de que aún se resiste a desaparecer, de discutir cuándo y cómo se inicia la vida humana (in)dependiente. Sabedor el legislador<sup>8</sup> del debate científi-

---

<sup>6</sup> Vid., por ejemplo, HUERTA TOCILDO, Susana. Criterios para la reforma del delito de aborto. En: Santiago MIR PUIG (Ed.). La despenalización del aborto. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, Servicio de Publicaciones, 1983, p. 14 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Fundamento y naturaleza del art. 417 bis y su relación con las eximentes genéricas. En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/DENDALUZE, Iñaki/ECHEBURÚA, Enrique (comps.), Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Donostia-San Sebastián: IVAC-KREI, 1989, p. 714 ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia. El aborto no punible. Barcelona: Editorial Bosch, 1990, p. 75 s.

<sup>7</sup> Vid. QUERALT, Joan. Derecho Penal español. Parte especial, sexta edición. Barcelona: Atelier, 2010, p. 65 ss.

<sup>8</sup> Vid. Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad, para realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la aplicación de la

co –que es todo menos concluyente para quienes mantienen que la vida humana nace en el mismo momento de la concepción<sup>9</sup>–, parte de una premisa diferente: reconoce la libertad plena de la mujer de producir(se) su IVE dentro de las primeras 14 semanas de embarazo (art. 14 LO 2/2010).

F. Para cerrar este apartado han de señalarse dos cuestiones que confirman en gran medida las propuestas aquí formuladas. Por un lado, parece claro que para el legislador se está ante algo diverso a la vida humana: la disminución de penas con relación a los delitos contra la vida es sumamente significativa: varios grados, o, incluso, cambio de naturaleza de la sanción (art. 145.2) en relación con el homicidio, que significará la suspensión del fallo o la remisión condicional de aquéllas. Creo que ante tal alteración del marco penal bien puede hablarse de que el legislador considera que tiene ante sí algo cualitativamente diverso a la vida humana independiente, aunque sea una vida humana en formación.

---

legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (18-2-2009) en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D\\_154.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D_154.PDF)) y Ministerio de Igualdad: Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación (5-3-2009), en <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/INFORMECOMITE050309.pdf>, donde, para formular las pertinentes conclusiones, se recogen las opiniones de médicos, biólogos, juristas o moralistas. <sup>9</sup> Ello tiene como consecuencia distanciarse de un gran sector médico y jurídico, incluido el TC, que tiene por cierto el que la vida humana en formación (o, incluso, la vida humana *tout court*) empieza en el mismo momento de la concepción. Este planteamiento choca ya con una objeción: ¿cuándo empieza con la concepción: en el momento de la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide o en el momento de la anidación del cigoto? Si se mantiene, lo que médicamente no parece correcto, la primera postura, ¿por qué, entonces, no castigar como actos preparatorios punibles de aborto la utilización de anticonceptivos que evitan el encuentro celular? No hay que olvidar que hasta la L 7-10-1978 estaba penalizada la venta de anticonceptivos sin receta médica (aunque los masculinos circulaban prácticamente sin problema alguno). Sostener, bajo pena tal planteamiento, supone poner el Derecho Penal al servicio de concepciones ideológicas que se basan en especulaciones, por más que el embrión tenga un patrimonio genético propio (S 29-11-2001). En cierto modo, estos planteamientos reviven la tradición teológica hasta finales del s. XVIII sobre la animación del feto (que, por supuesto -!-, acontecía antes en el masculino que en el femenino), tradición que con idéntica base científica, es decir, sin ninguna, cambió de planteamiento sobre la aparición del alma (condición humana para los creyentes) en el feto, situándola en el mismo instante de la concepción.

La otra cuestión se refiere a que ante un tema tan emocional como el aborto, en el que las posiciones ideológicas suelen enfrentarse con mucha mayor crudeza e inutilidad que en otras cuestiones de la vida social, no puede pasarse por alto algo muy significativo: en una sociedad democrática el pluralismo es algo tan vital que sin él la sociedad democrática desaparecería; de ahí que constituya un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). En virtud de este pluralismo, y ante la demostración que ofrecen las sociedades de nuestro entorno cultural con las que nos unen toda suerte de vínculos, la admisión del aborto, por considerar preeminente la libertad y la integridad física y moral de la mujer ante el interés social de generación de nuevos miembros, no ha tenido como consecuencia, obvio es decirlo, la destrucción de dichas sociedades<sup>10</sup>. Más bien, se ha optado por respetar y proteger jurídicamente, es decir, cuando menos no castigar penalmente a la mujer que decide abortar, máxime cuando alega unos motivos razonables, para ella y para grupos sociales suficientemente importantes como para ser tenidos en cuenta por el legislador.

**G.** Finalmente, la despenalización parcial y timorata de 1983 ha sido ampliada de forma más decidida y consecuente por la LO 5/2010. Como veremos, se gana en seguridad jurídica para la mujer, los profesionales que practiquen una IVE y se crea un área de actuación lícita bien delimitada ajena a la punición. Superada ya la etapa en que se castigaba al facultativo que practicaba abortos ilegales por el mero hecho de ser facultativo, ahora se exige el seguimiento de unos determinados protocolos legales, como habrá ocasión de ver. La nueva regulación avanza muy decididamente en el terreno de la protección de la salud física y mental de la mujer gestante, más allá de tal estado transitorio, sino que la concibe como un ciudadano pleno; en efecto, unos de los derechos de tal condición es el derecho a la salud y a la sexualidad plena. La medicalización de la IVE y su inclusión en el catálogo de prestaciones de la sanidad pública (arts. 17. 1 y 18 LO 2/2010) es la clave de bóveda del nuevo sistema.

---

<sup>10</sup> El número de IVE's se mantiene estable en España con tendencia a la baja en los últimos años; vid. Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad: Salud pública > Prevención y Promoción > Interrupción Voluntaria del Embarazo > Datos Estadísticos, en [http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas\\_figuras.htm#Tabla%201](http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm#Tabla%201) (consultado por última vez el 31-12-2010).

En fin, la tantas veces citada LO 2/2010 ha reformulado el art. 145, ha introducido el art. 145 bis y ha derogado el art. 417 bis, superviviente forzado del CP de 1973. Estos cambios hacen, pues, necesaria la revisión de los tipos penales relativos al aborto, pues éste ha visto reformulado a la baja su radio de acción antijurídica.

## II. TIPO AUTORÍA DE ABORTO: AUTOABORTO (ART. 145.2. Y 3.)

Procede ahora desgranar las diferentes figuras delictivas que estudiaremos en su integridad. Empezaremos por el autoaborto. Dado que la mujer es la depositaria del feto, ella es la responsable de su devenir; por ello, salvo las excepciones que más abajo se verán, la mujer es la autora del delito de aborto, lo realice ella o por consentir que se lo realice otro. La nueva configuración legal operada en virtud de la LO 2/2010 ha alterado al configuración tradicional del tipo básico del aborto, tanto que, fuere o no el propósito del legislador, el autoaborto será siempre punible. Presenta, además, dos modalidades, en función del momento de la gestación en que la IVE se practique.

### *A. Tipo básico (art. 145. 2.).*

1. El *sujeto activo* es la mujer embarazada. La tipificación de la participación del art. 145.1, constituye, innecesariamente, un delito autónomo –vid. infra 3–. Por su parte, el *sujeto pasivo* es la sociedad. Como ya sabemos, no pueden serlo ni la propia mujer ni el feto: la primera, porque no tendría sentido castigarla por la lesión de un bien jurídico de la que ella fuera su titular; el segundo, por no ser persona y, en consecuencia, no ser titular ni de derechos ni de obligaciones.

2. La *acción típica* no viene descrita en el CP; este no ofrece una definición de aborto, que, en cambio, sí ofrecía la L 24-1-1941, por tal se entiende la destrucción del feto, antes del nacimiento, sea cual fuere el procedimiento, ya sea mediante su destrucción en el seno materno o por su indebida expulsión prematura (SS 30-2-1984, 30-1-1991, 22-9-1993, 19-1-1995). No están incluidos en este último supuesto los partos prematuros provocados por razones terapéuticas, aun sin fallecer el neonato (S 25-5-1999), pues existe viabilidad y se da inicio al parto; la figura en juego, de producirse la muerte el recién nacido, sería la de homicidio imprudente (S 22-1-1999). Una reciente corriente jurisprudencial sitúa el momento en que el feto se convierte en persona humana es el del nacimiento, nacimiento que ocurre



con el fin del estadio fetal: período de dilatación y continúa con el período de expulsión (SS 22-1-1999 y 29-11-2001). Este criterio que se alega expresamente como derecho constitucional a la vida resulta incorrecto: mientras se nace aún no se ha nacido. En consecuencia, se mantiene el criterio de la viabilidad.

Dicho lo anterior, el tipo contiene, al igual que anteriormente, dos modalidades de acción. Por un lado, el *autoaborto*, es decir, la producción del mismo por la propia mujer y con sus propios medios; se trata obviamente de una modalidad activa. Por otro, encontramos, el *aborto consentido*, o sea, la petición por parte de la gestante a un tercero o la prestación de su conformidad a que un tercero se lo practique; se trata de una manifestación de la comisión por omisión, dada la posición de garante de la embarazada respecto del bien jurídico.

Sea cual sea la modalidad típica en juego, rectamente entendida, la dicción legal, esto es, la producción del (auto)aborto fuera de los casos permitidos por la ley, introduce dos elementos normativos en el tipo, que han de situarse en el tipo positivo y no en el negativo, elementos, que además han de presentarse conjuntamente. Por un lado, se presenta el consentimiento de la interesada, aquí sujeto activo tanto si se practica el autoaborto como si solicita que se le practique; por otro, como auténtica ley penal en blanco aparece el concepto típico de la legalidad del aborto. Una y otra modalidad han de ser analizadas atentamente y por separado.

Ciertamente, la mujer puede causarse ella misma el aborto, pero es un supuesto infrecuente en grado sumo. Sucede, sin embargo, que aun mediando esta práctica autónoma, el aborto sería ilegal, pues, como mínimo, estaría ausente un elemento esencial: que la IVE la practique un médico especialista (art. 13, primero LO 2/2010). Por tanto, no es necesario el análisis de ningún otro elemento, dado que estaríamos antes un hecho delictivo, pues el aborto no se habría llevado a cabo según las previsiones de la ley. En estos casos, como digo altamente infrecuentes, que se explican por situaciones de angustia de todo tipo (social, familiar, religiosa, etc.) combinadas con la falta de acceso a la realidad circundante, el miedo insuperable, pero en sede, claro está de culpabilidad, podría dejar impune a la autora.

De esta suerte, cabe obtener ya una primera consecuencia en orden a la regulación del autoaborto: este será por lo general punible, pues, pese a la voluntad de la gestante en llevar a cabo una IVE, su realización no se ajusta a los parámetros legales que examinaremos a continuación.

De otro lado, dado que el autoaborto no puede ser legal, huelga aquí el estudio de las notas que hacen la IVE ajustada a Derecho en nuestro ordenamiento, debiendo hacerlo en la modalidad de coautoría del art. 145.2 (infra 3).

En fin, téngase en cuenta que estamos ante un delito de resultado y, en consecuencia, son posibles los tipos de imperfecta ejecución; en cambio, no está prevista la punición de los actos preparatorios ni para ésta ni para ninguna otra modalidad de aborto.

**3.** En cuanto al *tipo negativo*, más allá de los que se diga más abajo, cabe afirmar que rigen las normas generales, esto es, las causas de justificación ordinarias. La causa de justificación más peculiar en el aborto es el estado de necesidad. La época en que el TS se negaba (S 25-1-1974) a considerar el estado de necesidad en el aborto parece ya superada por la S 11-12-1990. Que, a la vista de la regulación actual, resulte altamente improbable apreciar una causa de justificación, normalmente por necesidad, no debe ser obstáculo a su admisión, cuando menos, en el plano teórico. La eximente incompleta o analógica a la incompleta pudieran dar cobijo a una especie de indicación social, o económico-social (sistemáticamente negadas con anterioridad por el TS). El efecto sería, cuando menos, evitar el ingreso en prisión de las mujeres. En este sentido, la SAP Bilbao 24-3-1982, pese a que fue revocada por el TS merece conformidad; a la vista de la regulación actual basarse en un estado de necesidad putativo no parece una solución incorrecta.

Aunque, ciertamente por ser una causa de inculpabilidad no afecta al tipo negativo, el miedo insuperable podría excepcionalmente representar, como se ha apuntado, algún papel en orden a la disminución de la penalidad.

En cuanto al *tipo subjetivo* estamos en presencia de un delito doloso; la punición por imprudencia está legalmente vedada (art. 146 III).

**4.** La *penalidad* también ha sido objeto de reforma por parte de la LO 2/2010, pues ha suprimido la pena de seis a doce meses de prisión, quedando únicamente la alternativa a la privación de libertad, esto es, la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Se trata, comparándola con la regulación histórica y la inmediatamente anterior, de una penalidad benigna y pensada para evitar el ingreso en prisión de la mujer. No tiene aquí sentido ni tan siquiera solicitar la aplicación del art. 57.1.

**B. Tipo básico (art. 145.2.).** La acción del tipo agravado (art. 145.3.) diverge de la de básico en que el aborto se lleva a cabo sobre un feto que supera las veintidós semanas de gestación. En consecuencia, la penalidad se ve agravada la multa a imponer llegaría hasta la mitad superior, esto es, resultaría una pena de entre 24 y 36 meses.

### **III. TIPOS DE COAUTORÍA (ART. 145.1. Y 3.)**

Estos tipos contienen las figuras más frecuentes del aborto punible, en la medida en que, tomado la decisión por la mujer, lo más frecuente es que la interrupción del embarazo sea practicada por terceros<sup>11</sup>. Encontramos, tras la reforma de 2010 tres modalidades, la del tipo básico y la de todos tipos agravados en función de lugar en el que se practique la IVE o el periodo de gestación en que se encuentre la mujer.

**A. Tipo básico (art. 145.1 I).** En puridad, este tipo no debería figurar entre el elenco de conductas específicamente incriminadas. En efecto, se trata de una manifestación de coautoría, cuya punición puede efectuarse en relación con el art. 145.2. Motivos político-criminales y las referencias al consentimiento viciado o no de la embarazada (art. 144) parecen continuar llevando al legislador a este recordatorio.

**1.** El *sujeto activo* de este delito hace referencia a la persona que, con el consentimiento sin viciar de la embarazada, realiza de su propia mano el aborto, pudiendo ser médico, incluso especialista, o no. No puede ser autor de esta forma de participación, sino cooperador o inductor de la mujer, quien facilita a ésta el dinero para abortar o la dirección de un médico o curandero (en contra, SS 20-6-1959, 28-6-1963). Sobre el *sujeto pasivo* valga lo ya dicho supra 2: la sociedad.

**2.** Los aspectos atinentes a la *acción típica* son aquí mucho más complejos que en el art. 145.2 ya expuesto. La complejidad no estriba tanto en la producción del aborto en sí, sino en las circunstancias objetivas y personales que lo pueden rodear. Veamos.

En primer término, producir el aborto es, como queda ya dicho, llevar a cabo la destrucción del feto cualquiera que sea el sistema empleado, incluido la mera administración de un fármaco adecuado y en las dosis correctas (S 3-4-1997); la comisión por omisión, al tratarse de un delito de resultado, es admisible como modo de llevar a

<sup>11</sup> Vid., con todo, la reciente SJP-1 Pamplona de 25-11-2010, con un supuesto claro de autoaborto por ingestión de medicamentos abortivos.

cabo este delito (S 23-10-1996). No resulta, en cambio, un acto típico de este delito la emisión de un dictamen por un médico que da lugar a una interrupción del embarazo (SS 19-9-2000, 13-11-2003), pues tal informe no constituya acto típico alguno.

Dicho esto, en general ya *communis opinio*, las dificultades se presentan por la propia factura del precepto. En efecto, tal como se ha señalado anteriormente, forma parte del tipo positivo, como una auténtica ley penal en blanco<sup>12</sup>, tanto el consentimiento de la mujer como la ejecución de la IVE de acuerdo a un determinado protocolo legalmente establecido.

Corresponde, pues, examinar los requisitos que la LO 2/2010 establece para considerar un aborto legal. Prolija es la nueva regulación legal en aras de dotar a la IVE de la máxima seguridad sanitaria y jurídica, esta última no siempre garantizada por la regulación anterior, en buena medida hipócrita y cicatera a la hora de regular los supuestos de atipicidad en la ejecución de la IVE. Completando el sistema permanecen, dentro del aborto legal, unas causas excepcionales, propias del estado de necesidad, que por requerimiento de la dicción legal del precepto que nos ocupa y del siguiente, han de ser estudiadas como elementos normativos del tipo, determinantes del tipo positivo al modo de otros delitos, las coacciones por ejemplo. Ello tiene como consecuencia práctica que, si concurren los elementos que se analizan a continuación, no nacerá el tipo del art. 145 (ni tampoco, en su caso, el del art. 145 bis).

a. Común a todas las modalidades atípicas de aborto es el consentimiento de la mujer; si ésta no lo da o se obtiene viciadamente, quienes así intervengan y realicen el aborto incurrirán en un delito del art. 144 (infra 4.). El consentimiento que contempla la legislación específica es un consentimiento<sup>13</sup> sometido a más requisitos que los que prevé la normativa general sobre la materia (arts. 6.2 LCat

<sup>12</sup> La remisión *in toto* que hace la ley penal a la extrapenal es más que discutible, pues deja en manos del legislador no penal el alcance de la antijuridicidad penal, algo que consideró incansable con la Constitución la STC 24/2004. De todos modos, una integración del subtipo agravado (art. 145.1 II) y del art. 145 bis con el delito que nos ocupa podría evitar *in extremis* una censura similar.

<sup>13</sup> Este consentimiento *ad hoc* y específicamente regulado es diverso de la obligación de información que compete a los poderes públicos relativa a los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente (art. 17.1 LO 2/2010).

21/2000 –pionera en la materia– y 8.2 L 41/2002), pues se requiere una información previa a la prestación del mencionado consentimiento, información esta, que varía según los supuestos.

Así, ante la petición por parte de la mujer –o sugerencia médica– de práctica de una IVE, a tenor de lo que dispone el art. 17.1 LO 2/2010, aquella recibirá información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente; una vez recibida esta información –no toda útil para el trance en por el que pasa la mujer–, podrá otorgar su consentimiento en el sentido de la legislación promotora de la autonomía del paciente.

Disponiendo de esta información la gestante puede prestar ya su consentimiento informado, de acuerdo a las reglas generales del art. 8.2 L 41/2002 o art. 6.2 LCat 21/2000. Téngase en cuenta que esta información, que es de carácter general –así la define el art. 4 RD 825/2010–, se atribuye a una pluralidad de organismos y, en ningún caso se exige que llegue fehacientemente a la mujer, por lo que carece de relevancia jurídico-penal por quién o cómo se lleve a cabo su difusión e, incluso, si tal información ha llegado efectivamente a manos de la mujer y el uso que ella haga de la misma. Ello es así, porque se trata de informar, no de convencer ni menos aún de adoctrinar: ello sería incompatible con la libertad de creencias y de acción, es decir, con la pluralidad política y cultural, que preside un Estado democrático

**b.** Lo dicho hasta ahora vale para el consentimiento prestado por mujeres mayores de edad, plenamente capaces y sin riesgos vitales a la vista. Cuatro son los supuestos imaginables en los que la prestación de consentimiento suscite cuestiones de interés, aunque tres de ellos han recibido respecta expresa por parte de la LO 2/2010.

**i. Menores de 16 años.** Según la normativa aplicable [arts. 7.2 d) LCat 21/2000 o 9.3 c) L 41/2002] estamos en presencia de un consentimiento por sustitución, debiendo el mayor de 12 años ser oído previamente. Tan meticulosa la ley en otros aspectos, obvia la regulación expresa de un supuesto opaco: ¿pueden los representantes legales de la menor, por lo general sus progenitores o sus tutores, otorgar o denegar el consentimiento para abortar? O lo que es lo mismo, ¿pueden dichos sujetos imponer sus legítimas creencias personales a quien no puede oponerse ni darle opción a que lo haga

o, simplemente, lo considere? Entendiendo, como impone la LO 1/1996, que el bien del menor es el interés superior que ha de guiar toda decisión de sus representantes –o del juez– sobre su persona (art. 2) y los derechos a la intimidad, a la información y a la libertad ideológica (arts. 4, 5, y LO 1/1996). Así las cosas, no parece descabellado inclinarse en casos tan drásticos como el que aquí se suscita por la práctica de la IVE, toda vez que la prosecución del embarazo y el consiguiente alumbramiento sí tiene consecuencias irreversibles para la persona del menor.

**ii. Menores de 16 a 18 años.** El art. 13. Cuarto. LO 2/2010 establece que en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Esa es la regla general que rige en materia de consentimiento y autonomía del paciente [art. 7.2 d) LCat 21/2000 o art. 9.3 c) L 41/2010]. Sin embargo, a renglón seguido excepciona la afirmación precedente, estatuyendo que al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades, deberá ser informado de la decisión de la mujer. Obsérvese que no se condiciona el consentimiento de estas adolescentes, sino que se estatuye una obligación de información del facultativo a uno de los progenitores o tutores<sup>14</sup>. Sin embargo, introducir este deber de información a quien represente a la menor introduce una fuente de conflictos, que ya se adivinan, pues ya es un signo de conflictividad que la mujer, en un trance como un aborto, no cuente manifiestamente ni con sus progenitores –con uno al menos– ni, en su caso, con quien ejerza su tutoría. Persistir en este deber de información no haría sino ahondar aún más en el doble conflicto existencial en que se halla inmersa la menor: la IVE y la desafección paterno-filial. Por ello, el último párrafo del art. 13. Cuarto. LO 2/2010 intenta solventar la cuestión afirmando que se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o sea que produzca una situación de desarraigo o desamparo<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Anticipando esta problemática, LARUENZO, El aborto, Op. cit., p. 53 ss.

<sup>15</sup> El RD 825/2010, en su art. 8, va aún más allá de lo que dice la ley, pues impone, en primer lugar, que la mujer de 16 o 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado cuarto del art. 13 LO 2/2010; tal documento

**iii. Mujeres discapacitadas.** Si bien el art. 17. 5 LO 2/2010 contempla la información previa al consentimiento informado en los casos en que la receptora sea una discapacitada, nada dice sobre el consentimiento informado propiamente dicho, por lo que habrá que acudir a las reglas generales del consentimiento por sustitución o representación de la normativa sobre consentimiento informado y autonomía del paciente [art. 7.2. a), b) y c) LCat 21/2000 y art. 9. 3 a) y b) L 41/2002], siendo, según los casos, los familiares directos o los representantes legales quienes deban prestarlo, con o sin autorización judicial.

**iv. Riesgo vital e inconsciencia.** Obviamente, de producirse una situación de tal calibre operan las previsiones que norma el consentimiento informado y la autonomía del paciente; el facultativo deberá recabar el consentimiento de un representante de hecho o de derecho y, en su defecto, aplicar la *lex artis*, es decir, a favor de la salud de la mujer [art. 7.1 b) LCat 21/2000 o art. 9.2 b) L 41/2002], lo que debería suponer la salvación de la gestante a costa del *nasciturus*, pues lo contrario sería, como señaló en su día la STC 53/1985, hacer prevalecer los derechos del no nacido sobre los de la nacida. Ello, a salvo, claro está, de que existan voluntades anticipadas expresas e inequívocas (arts. 8 LCat 21/2000 o 11 L 41/2020) de la gestante en el sentido de preferir su muerte antes que la práctica del aborto. A diferencia de lo que puede resultar en sede de eutanasia<sup>16</sup>, no se trata de un supuesto de muerte digna que el legislador, como derecho de la personalidad, ha de proteger, sino de un conflicto entre bienes jurídicos (la vida de la gestante y la prosecución de la gestación) que el legislador difícilmente puede aprobar en contra del bien jurídico concreto y real cual es la vida humana independiente de la mujer.

---

será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención; detalla así la previsión infralegal más allá de lo admisible imponiendo una carga a la mujer, carga que la ley desconoce. En segundo término, en el caso de prescindir de esta información, cuando la mujer alegue las circunstancias previstas en el referido apartado, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o del profesional de trabajo social. De nuevo, se crea una carga para la mujer, la posibilidad de someterse a exámenes ajenos a su estado de salud, que dificultan la práctica legítima de la IVE. En todo caso, estos requisitos no son legales, sino reglamentarios, por lo que a efectos penales son irrelevantes.

<sup>16</sup> Vid. Derecho Penal español. Parte especial, 2010, Barcelona, p. 51 ss.

v. Expuesto lo anterior, resulta obvio que el tema del consentimiento fuera de los casos de mujeres mayores de edad y lúcidas en el momento de prestarlo genera no pocos problemas. Sin embargo, lo que aquí interesa, a efectos de determinar la tipicidad penal de la IVE es la existencia, cuando menos, de un consentimiento natural expreso por parte de una persona, como mínimo, mayor de 16 años. En los demás casos, el facultativo deberá actuar a favor de la salud del paciente, máxime si es menor, tal como impone la ley. Por ello, la plétora de requisitos formales, tendentes a asegurar la manifestación del consentimiento expreso de la mujer, si este consta, ha de entenderse cumplimentados a efectos penales, es decir, provocadores de la atipicidad de la IVE, por más que pudieran haberse generado errores o faltas en la gestión socio-sanitaria, clínica u hospitalaria del mencionado consentimiento, imputables o no al facultativo ejecutor de la IVE. Apoya esta conclusión que solo es penalmente relevante para el médico que ejecuta el aborto que la información previa al consentimiento informado (art. 17 LO 2/2010) no le conste efectuada: art. 145 bis –vid. infra 4.–.

3. El aborto para seguir siendo atípico, sentado el consentimiento, ha de ser practicado por un médico especialista o bajo su dirección; vid., ya para el Derecho anterior, SAP Barcelona (1ª) 26-11-1994, AAP Valladolid (1ª) 12-7-1999. La especialidad es la de obstetricia y ginecología (RD 183/2008). Como establece el art. 13. Primero. LO 2/2010, no se requiere que el obstetra realice la intervención, basta con que se lleve a cabo bajo su dirección, es decir, ha de estar presente durante su ejecución y en la documentación correspondiente ha de figurar como responsable de la misma.

4. *La IVE ha de practicarse en un centro público o privado debidamente acreditado.* La acreditación, emitida por cada comunidad autónoma, de acuerdo con lo establecido en el RD 831/2010, mejora la regulación precedente del RD 2409/1986. Ciertamente, la acreditación se obtiene y, una vez obtenida, es sometida a inspecciones periódicas, por lo que la existencia de objeciones a un ente acreditado, mientras no se revoque la misma, no afectan a la atipicidad de la práctica del aborto; otra cosa sería, y efectos administrativos o incluso penales diversos a los que aquí nos concitan, el que las condiciones sanitarias, personales o materiales, del centro, en el caso concreto, fueran deficientes y por debajo de los estándares exigibles, con el consiguiente riesgo para la salud de los pacientes.



Con todo, reténgase que la acreditación para los centros o establecimientos es doble; una, para abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen las catorce semanas de gestación; y, otra, para centros que puedan llevar a la práctica interrupciones con alto riesgo para la embarazada o con más de catorce semanas de gestación. Sin embargo, a efectos penales, tanto del art. 145 como del art. 145 bis, los preceptos en liza se contentan con la acreditación administrativa, sin distinguir entre la una y la otra, que responde a designios administrativo-sanitarios y no penales.

5. Superados los elementos esenciales del consentimiento y de la ejecución de la IVE por médico especialista y los algo más formales respecto de la acreditación, llegamos a los prepuestos fácticos de la atipicidad de la IVE. En esencia, estos son dos: a petición de la mujer o por causas médicas.

**a. A petición de la mujer (art. 14 LO 2/2010).** Ahora, siguiendo en buena medida la Resolución 1607/2008 de la Asamblea del Consejo de Europa, se abandona el arcaico sistema de las indicaciones y se instaura como regla general el llamado sistema de plazo, que es el dominante en el Derecho Comprado. Así, de modo absolutamente innovador, el aborto será atípico si se practica dentro de las primeras catorce semanas de embarazo (art. 14 *in limine* LO 2/2010).

El legislador orgánico de 2010 ha optado por el *sistema de plazos, con unas excepcionales indicaciones*, en parte, solo en parte, limitadas temporalmente, dejando subsistente el estado de necesidad, como veremos más abajo. El sistema de plazos parte de la base de que dentro de la vida prenatal existen señaladas diferencias en valoración social, y por tanto, jurídica, atendiendo al desarrollo del embrión y la mayor o menor cercanía al nacimiento; dicho de otro modo, a partir del momento de una razonable viabilidad extrauterina, incluso con auxilio mecánico, superar las 22 semanas, salvo el caso de anomalías fetales incompatibles con la vida [art. 15 c) LO 2/2010] y del estado de necesidad (riesgo vital para la gestante de proseguir el embarazo), se erige como el punto de no retorno en el que el *nasciturus* goza de protección generalizada frente a la voluntad de la mujer. Decisivo resulta, en fin, el grado de desarrollo de la vida embrionaria y la capacidad de dar lugar a una vida autónoma, que el legislador ha fijado en esas 22 semanas. En cambio, el mantener la impunidad para los abortos por debajo de las 14 semanas de gestación tiene que ver con la primacía absoluta de los derechos de la mujer; derechos que se modulan pasados esos 98 días hasta los cinco primeros meses y

medio, resultado extraordinariamente excepcional, salvo indicaciones médicas muy específicas, abortos posteriores no antijurídicos.

**b.** Además de los requisitos ya enunciados, debe tenerse en cuenta que, previo a otorgar el consentimiento, la mujer ha de recibir una información específica y suplementaria [art. 14 a) LO 2/2010] y que entre la recepción fehaciente de esta información y la práctica de la IVE deben transcurrir tres días [art. 14 b) LO 2/2010].

Esta información, confeccionada por la Administración autonómica, se librára en sobre cerrado<sup>17</sup> a la mujer por cualquier centro médico acreditado (art. 5 RD 825/2010), sobre que contendrá los siguientes extremos:

a) las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; b) los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; c) datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro<sup>18</sup>; d) datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. De la entrega quedará debida constancia documentada<sup>19</sup>, dado que desde el momento de la entregan cuentan los tres días para poder practicar la IVE. Llama la atención que la información es ajena en todo momento al facultativo que lleve a cabo el aborto, lo que puede generar más de un problema práctico y de coordinación, amén del carácter reglamentario de la regulación y, por tanto, su inconsistencia penal.

---

<sup>17</sup> Práctica desarrollada por el RD 825/2010 (arts. 4 ss.) en vigor desde el 5-7-2010, que, obliga, entre otras cosas, a los Ministerios de Sanidad y Política Social e Igualdad y a las Consejerías correspondientes de las CCAA a informar en su página web de tales derechos y prestaciones. De forma efectiva a 1-8-2010, lo han llevado a cabo la Administración central (más visible la web del Ministerio de Sanidad y Política social que la de Igualdad) y Cataluña).

<sup>18</sup> Información que en este momento resulta fuera de lugar y, entiendo, irrelevante a efectos penales, pues la situación no requiere educación sexual ni socio-sanitaria preventiva de embarazos no deseados.

<sup>19</sup> La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

Por si fuera poco, y también con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los arts. 4 y 10 L 41/2002, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo (art. 17. 4 LO 2/2010). Finalmente, todo este caudal informativo habrá de ser claro, objetivo y comprensible; sin embargo, nada se dice sobre ni cómo ni quién ni con qué efectos, ha de efectuarse la información.

Como es de ver, esta serie de informaciones ni tiene toda el mismo nivel ni la misma significación ni para la salud de la gestante, ni para su futuro como madre o ni para el nasciturus ni, en fin, para el eventual nuevo ser. La práctica dirá cuáles de estos elementos, en caso de haber algún fallo, han de ser tenidos como relevantes para que su ausencia desencadene la reacción penal. Además, su descoordinación con el art. 145 bis es evidente, pues no contempla, como sí hace este precepto, su ausencia o defectuosa presencia como plenamente inocua penalmente para la mujer.

c. Sin embargo, la IVE no puede ser llevada a cabo inmediatamente, salvo supuestos, claro está, de urgencia vital [arts. 7.1 b) LCat 21/2000, 9. 2 b) L 41/2002]. En efecto, entre la recepción de la información del art. 17.2 LO 2/2010 y la práctica de la IVE deberán haber mediado tres días [art. 14 b) LO 2/2010], siendo el modo de cómputo de este término el que se exponga más abajo. La Ley ha pretendido configurar tal periodo de reflexión por razones harto discutibles. De lo que se trata es de que el consentimiento sea sólido y aquí el legislador, acaso por comprensibles razones de oportunidad, ha querido trocar seriedad por cierta permanencia en el tiempo.

Esta obligación a la introspección personal supone una ingerencia por parte de los poderes públicos difícilmente aceptable en una democracia avanzada. Pero, además, resulta algo inútil, pues lo que la ley prohíbe no es la emisión de la decisión final por parte de la mujer pasado el término en cuestión, sino la realización de la IVE, por lo que tal plazo aumenta la desazón de la mujer en el trance que vive y no aumenta en nada ni su bienestar jurídico o emocional ni la seguridad jurídica del que la haya de practicar. Lo que sí, en cambio, hubiera sido un buen hallazgo legislativo hubiera sido la regulación –con sanción o no– de aquellos responsables públicos o médicos que pretendan, sean las que fueren sus razones, todas ilegales, dificultar la práctica de una IVE, dilatando plazos o dificultando el tráfico de información; esta falta de previsión normativa pone de manifiesto

el carácter más formal que material de la entrega a la mujer de la información preceptuada y del lapso temporal de reflexión.

En resumen, el consentimiento informado y por escrito que ha de prestar la mujer exige que previamente haya recibido la información socio-sanitaria que la ley establece<sup>20</sup>: eso y solo eso.

**6. Interrupción por causas médicas (art. 15 LO 2/2010).** La ley recoge como causas de atipicidad tres supuestos, dejando residualmente una cobertura general para el estado de necesidad cuando este se dé, esto es, el riesgo vital para la gestante en cualquier momento del embarazo (Infra b.). Estos tres supuestos se gradúan de mayor a menor gravedad desde el punto de vista clínico, dotando de mayores requisitos la exención de tipicidad cuando mayor es el desarrollo del feto, erigiéndose *ex lege* el sistema sanitario en garante del interés social de la esperanza de vida que el *nasciturus* representa.

Que la ley tilde de excepcionales estas causas no significa más que se añaden a la regla general de la solución del plazo; de hecho tendrían cobertura dentro del estado de necesidad, pero el legislador, para dotar de mayor seguridad jurídica a la mujer, a los facultativos y garantizar adecuadamente la *spes vitae* tipifica estos supuestos, estadísticamente menos frecuentes; de ahí la excepcionalidad.

Finalmente, téngase en cuenta que, pese a lo que pudiera derivarse de una lectura apresurada, este haz de aperturas para la IVE no supone que el consentimiento de la mujer desaparezca, sino que la iniciativa de la intervención puede nacer del médico al comprobar alguna de las patologías que más abajo se enuncian. Recuérdese que rigen plenamente los derechos al consentimiento informado y a la autonomía del paciente; además, la propia LO 2/2010 establece, como hemos visto, en su art. 13. Primero, la necesidad de que quede constatado el consentimiento y se refuerza algo retóricamente la previsión de información *ad hoc* del art. 17.1 de la misma norma. Únicamente, dado lo perentorio de la intervención que haya de practicarse, desaparece la obligación de la información prevista en el art. 17.2 y 4 LO 2/2010. La razón, además de la eventual urgencia de la intervención, es bien otra: en los supuestos del art. 14 LO 2/2010 es la mujer la que decide abortar por no desear seguir adelante con la gestación: estaríamos ante lo que comúnmente, aun-

---

<sup>20</sup> Este apartado de la historia clínica no puede trascender a terceros en absoluto: se garantiza la confidencialidad absoluta (arts. 20 y ss. LO 2/2010).

que no forzosamente, se denomina un embarazo no deseado; en los supuestos que vamos a analizar acto seguido, es el consejo médico el que ilustra a la mujer sobre la no prosecución de la gestación ante los riesgos que en su caso concreto tal estado encierra. En ningún caso la mujer es obligada a abortar –eso constituiría el delito del art. 144, infra 5.–, sino que, desde el punto de vista médico, se le asesora ante una situación de riesgo para su salud o la del *nasciturus*.

**a. Aborto por debajo de las veintidós semanas de gestación y grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada [art. 15 a) LO 2/2010].** El modelo que sigue el legislador orgánico de 2010 con estas causas legales de atipicidad es el de combinar el tiempo del embarazo, los riesgos o peligros para la mujer o el feto y las garantías médicas de que ambos supuestos de hecho concurren. Así, y para esta primera apertura:

*i. Embarazo de menos de 22 semanas:* data convencional en la que mayoritariamente los fetos son viables extrauterinamente con ayuda mecánica; además los riesgos para la mujer que comporta el aborto a partir de estas alturas de gestación son dignos de consideración.

*ii. Grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada:* no se trata de un peligro de muerte inminente, pero sí de una probabilidad razonable de lesiones físicas o psíquicas para la gestante caso de proseguir la gestación.

*iii. Dictamen médico previo a la IVE:* de un médico especialista distinto al que la practique o dirija han de emitir con anterioridad a la misma un dictamen en el que conste el mal pronóstico para la salud de la gestante. Dado que la integridad de la mujer puede ser física o psíquica, el especialista puede ser un psiquiatra o de otra especialidad médica diversas a obstetricia, puesto que el peligro es para la gestante, siendo las consecuencias negativas para su salud muchas y que, aun causadas por el embarazo, no se tratan por el obstetra; así, endocrinología, neurología o psiquiatría.

En caso de intervenir un profesional para determinar el eventual riesgo mental, ha de ser un médico, un psiquiatra, y no un psicólogo; así ya en el derecho anterior: SS 14-12-1992, 26-10-2000, SSAP Granada (2<sup>a</sup>) 24-5-1999, SAP Castellón (1<sup>a</sup>) 19-11-2001, AAP Valladolid (1<sup>a</sup>), 12-7-1999. Además, como el dictamen clínico lo ha de ser con plenas garantías científicas, ello se aplica igualmente al dictamen psiquiátrico; así la S 1-4-1998 no consideró suficiente un informe psi-

quiátrico que, tras una única entrevista de diez minutos, se limitó a referir síntomas que no justificaban la necesidad de interrumpir el embarazo; en la misma línea, SAP Granada (2ª) 17-11-1998.

Si el peligro para la mujer es o se transforma en riesgo vital, se prescindirá de este dictamen [art. 15 a) *in fine* LO 2/2010].

**b. Aborto por debajo de las veintidós semanas de gestación y riesgo de graves anomalías en el feto [art. 15 b) LO 2/2010]:**

*i. Embarazo de menos de 22 semanas:* vid. supra apartado anterior.

*ii. Riesgo de graves anomalías en el feto:* a diferencia del apartado anterior aquí los riesgos son para el feto, riesgos de padecer cualquier tipo de malformación física o mental.

*iii. Dictamen médico previo a la IVE:* al igual que en el supuesto anterior, el dictamen ha de ser previo a la IVE y emitido por especialistas diversos al practicante de la intervención. A diferencia de la apertura precedente, y en garantía de la *spes vitae*, los facultativos dictaminantes han de ser forzosamente dos.

**c. Anomalías fetales incompatibles con la vida [art. 15 c) LO 2/2010]:**

*i. Periodo de gestación:* Consecuente con el riesgo que se describe no se somete a límite temporal alguno, puesto que la viabilidad del feto parece inexistente y carece de sentido médico la prolongación del embarazo.

*ii. Anomalías fetales incompatibles con la vida:* no se trata tanto de la vida intrauterina, sino que las anomalías hayan de afectar al eventual nacido de tal forma que su viabilidad postnatal sea más que dudosa. Los medios diagnósticos actuales, en este y en la mayoría de campos, permiten pronósticos con un elevadísimo grado de acierto. Si tal es el caso, sería una crueldad no ofrecer a la gestante la posibilidad de evitar lo que en futuro inmediato sería una tragedia aún más grave que la de perder un embarazo. Va más allá de la letra de la ley el art. 2.1 RD 825/2010 cuando habla, para estos supuestos, de *enfermedad extremadamente grave e incurable*, calificativos incasables con la regulación legal y, por tanto, de dudosa legitimidad.

*iii. Dictamen médico previo a la IVE:* este dictamen ve incrementadas muy sensiblemente sus garantías, siempre en beneficio de la vida prenatal. Como en los casos anteriores ha de ser previo a la IVE,

pero al dictamen de un solo facultativo especialista, distinto al que haya de practicarla o dirigirla, se suma otro requisito: que tal dictamen ha de ser ratificado por un comité clínico de nueva creación.

Tan relevante resulta esta apertura en el nuevo sistema de interrupción voluntaria del embarazo que la LO 2/2010 le dedica en exclusiva un artículo, el 16, de claro carácter reglamentista, por su aparente detalle, y es desarrollado por el RD 825/2010 (arts. 2 y 3). Este comité clínico, de ámbito autonómico, aunque pueden existir varios en cada territorio siempre que haya adscrito uno a un centro sanitario público, se integra, con una vigencia, cuando menos anual, por dos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra; la mujer podrá elegir uno de estos especialistas, que sustituirá a uno de los designados oficialmente. Si el comité ratifica el diagnóstico, en un plazo, en principio, de 10 días, se le comunica de inmediato a la mujer para que tome la decisión final; si no se confirma el dictamen inicial, no se procederá a intervención alguna.

7. Aunque, no menores, no deben obviarse tres aspectos finales a la hora de ponderar la reforma de 2010. En cuanto a eventuales exclusiones de la antijuridicidad, tras la entrada en vigor de la anterior reforma, la de 1985, la STS 12-12-1990 declaró la coexistencia entre el sistema de causas específicas del anterior art. 417 bis CP-73 con las causas de justificación. Por ello, cuando de proseguir el embarazo sea esperable un riesgo vital para la mujer, superadas incluso las 14 semanas, el aborto estará justificado por estado de necesidad. Entiendo que no existen razones para excluir, tampoco ahora, esta remota alternativa.

Resulta de interés una somera mención al *tipo subjetivo*. Tras el cambio textual y estructural experimentado, modalidad delictiva que nos ocupa, a salvo del art. 146, solo puede ser cometida dolosamente. Entiendo que el dolo ha de ser directo y, en ningún caso eventual, dejando atrás la polémica del viejo art. 412 CP-73.

No debe concluirse el análisis de la presente figura, rememorando que el *concurso* sigue rigiéndose por los mismos parámetros que los del derecho anterior, pues en este aspecto la regulación ni ha sufrido alternaciones ni existían razones para ello. Así, el aborto causa por terceros puede concurrir con cualquier otro delito contra la vida o la integridad física de las personas; las reglas del concurso ideal (SS 24-6-1930, 17-2-1931, como recuerdan las SS 30-3 y 3-4-1985, 13-11-2003) despliegan con plenitud su eficacia, especialmente en el caso

de concurrir con asesinato (ya, S 7-7-1909; disparar sobre una mujer embarazada: S 4-11-1998) u homicidio (SS 15-3-1988, 4-3-2002).

Finalmente, la *penalidad* no sufre variación real respecto de la anterior: de uno a tres años de prisión. Además, se impone con carácter general y no solo al personal sanitario, la pena de inhabilitación especial de uno a seis años para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados. Tampoco creo que sea aquí conveniente aplicar el art. 57.1.

**B. Tipo agravado: *práctica en centro no autorizado* (art. 145.1 II).**

1. La *acción* consiste en la realización de un aborto fuera de un centro autorizado. Supone una agravación extraña; de entrada es facultativa y, en segundo lugar, parece recuperar el viejo Derecho bajo el que se castigaba el aborto realizado médicamente, pero, lógicamente, en condiciones precarias. Ahora, estas condiciones no han de ser necesariamente tales, pero el hecho de que se practique fuera de un establecimiento autorizado es llamativo: quizá la localización sea lo menos grave de la nefasta intervención. Igualmente, parece este precepto ser fruto de ciertas difusiones periodísticas, hasta la fecha no demostradas, cuya instrucción penal, pasada la primera etapa de bullicio mediático, se nutren del polvo de los estantes de la oficina judicial.

2. La *penalidad*, como se ha señalado, es la pena a imponer en su mitad superior: resultaría de prisión de dos a tres años, e inhabilitación de tres años y seis meses a seis años; sin embargo, al tratarse de una agravación facultativa, no es segura tal agravación ni menos aún ofrece el legislador datos alguno al juez para que opere en el sentido alguno.

**C. Tipo agravado: *aborto posterior a las 22 semanas* (art. 145.3).**

1. Aquí la letra de la ley sobre la *acción* descrita en este subtipo agravado, obra, como el anterior, de la LO 2/2010, dice más de lo que quiere decir. En efecto, literalmente entendido, olvida, por un lado, la apertura de atipicidad de anomalías vitales del feto, contemplada en el art. 15 c) LO 2/; por otro, pasa por alto un eventual estado de necesidad consistente en salvar la vida o la integridad física o mental de la mujer ante un riesgo vital inminente.

Por ello, esta agravación ha de ser entendida en sus justos términos. Lo que se castiga con mayor pena es la práctica de un aborto pasa-



das las 22 semanas de gestación, sin mediar riesgo para la vida para la mujer y sin haberse apreciado anomalías en el feto incompatibles con la vida. El límite temporal es igualmente relevante, pues por debajo de ese plazo límite no entra en juego la presente agravación.

**2.** En cuanto a la *exclusión de la antijuridicidad*, como se viene reiterando, este subtipo también está justificado por estado de necesidad, la IVE, sobrepasadas las 14 semanas si existe riesgo vital para la mujer en caso de proseguir el embarazo; no entenderlo así supone primar injustificadamente una eventual vida humana futura sobre una existente, imponiendo a la mujer la pena de correr el riesgo más que probable de perder la suya o salir muy mal parada del trance. En definitiva, no es más que una aplicación de la práctica terapéutica, pues no hay que olvidar que el médico se debe al bien del paciente, y paciente, como persona, no hay más que una: la gestante.

**3.** En lo tocante a la penalidad, la pena a imponer, en referencia al tipo básico y al eventual agravado ya analizado sería, nuevamente, pues ambos subtipos pueden darse en el delito que nos ocupa, la de aquel en su mitad superior, lo que nos deja unas penas para el tipo básico de prisión de dos a tres años, e inhabilitación de tres años y seis meses a seis años y para el eventualmente agravado de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación de cuatro años y nueve meses a seis años.

#### **IV. TIPOS ATENUADOS DE COAUTORÍA (ART. 145 BIS)**

En coordinación con la nueva regulación de la IVE, la LO 2/2010 introdujo estas modalidades atenuadas de la mano del nuevo art. 145 bis y en ningún caso la embarazada se castigada por las infracciones expuestas a continuación (art.145 bis. 3).

**A.Tipo básico: inobservancia de requisitos legales [art. 145 bis 1. a), b) y c)].**

**1.** Pese a que la ley redacta esta figura innominadamente solo puede ser *sujeto activo* un médico especialista (art. 13. Primero. LO 2/2010); estamos, por tanto, ante un delito especial. Un tercero cometerá siempre el tipo básico. Se restringe, además, el círculo de sujetos activos al que practique el aborto, no a quien también lo dirija, como sucede en otros supuestos. Querida o no por el legislador, esta limitación resulta inequívoca a la vista de la taxativa letra de la ley. En cuanto al *sujeto pasivo* la comunidad es el principal afecto y, quizá también, la mujer, si se le hace correr riesgos sanitarios.

2. Cuatro son las modalidades de estos tipos atenuados, que parten de la doble premisa de la existencia de consentimiento de la mujer y de la realidad de los supuestos fácticos del aborto. Así:

a. *Sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad:* el practicante de la IVE no ha de haber facilitado necesariamente y de propia mano las informaciones de referencia, sino que ha de haber verificado que estas se hayan llevado a cabo; para ello bastará examinar la historia clínica y, subsidiariamente, preguntar a la mujer y anotar la respuesta en aquella.

b. *Sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación:* se trata del periodo de tres días establecido para el aborto a petición de la mujer, entre la entrega de la documentación informativa del apartado anterior y la práctica de la IVE, término recogido en el art. 14 b) LO 2/2010. Dadas las circunstancias, conviene adoptar una interpretación de esta figura penal lo más restrictiva posible. Así, si los días son de 24 horas, habrá que convenir que lo que haya de transcurrir entre la entrega fehaciente del sobre informativo y la intervención son 72 horas. A ello no se opone el modo de cómputo del art. 5 CC, que cuenta los días naturales a partir del siguiente de la notificación para el ejercicio de derechos (pre)procesales; este cómputo dilata en demasía la espera sin razón aparente y en contra, principalmente, de la mujer a la vista de su estado emocional y del médico especialista. El cómputo de hora a hora aquí propuesto es, por otra parte, el mismo que se utiliza para calcular la mayoría de edad penal, a diferencia de la civil; así, es de hora a hora y no a las 0 horas del día en que se cumplen los años, cálculo con idéntica finalidad restrictiva de la acción penal estatal sobre el sujeto.

c. *Sin contar con los dictámenes previos preceptivos:* en los casos de IVE por indicación médica los diversos dictámenes, incluidos los del comité clínico son requisitos indispensables, sin los que no puede producirse la intervención; no parece político-criminalmente adecuado equiparar esta gravísima omisión a las precedentes; una mayor penalidad sería aconsejable.

Una mención requieren los tipos de imperfecta ejecución en esta conexión. El aborto se ha de producir, pues el delito es de resultado; la mera inobservancia de los requisitos, pero sin llegar a realizar la IVE, entiendo que es impune, pues desatenderlos sin que se produzca el aborto es impune, dado no se ha generado un delito específico

de omisión, sino que esta infracción de la normativa específica va anudada a la realización de un aborto.

Por lo que respecta al *tipo subjetivo* ha de señalarse que estamos ante un delito doloso, quedando expresamente excluida (art. 146) la imprudencia, por lo que la inobservancia de los requisitos anteriores debidos a falta de diligencia no generarán responsabilidad alguna.

**3.** En cuanto al *concurso* conviene reseñar que si, como consecuencia de estas inobservancias contenidas en el subtipo, se produce una lesión para la mujer, se generará el correspondiente concurso real de delitos. Si se produjeran lesiones dolosas graves o por impericia profesional en el feto (art. 158), estas quedarían absorbidas por el delito que nos ocupa; de lo contrario, resultarían más penadas las dichas lesiones que un aborto efectivamente llevado a cabo, lo cual es una antinomia valorativa.

Finalmente, resalta la *penalidad* que es sustancialmente más benigna que la del tipo de coautoría al prescindir de la pena privativa de libertad y aminorar sensiblemente la de pérdida de derecho; así, corresponde una pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años.

**B. Tipo agravado: fuera de centro autorizado [art. 145 bis 1. d)].** Con no muy afortunada técnica legislativa, se contempla aquí una combinación entre los supuestos precedentes y el que nos ocupa, ya visto como agravante igualmente facultativo en el tipo de coautoría. Si se interpreta literalmente es una reproducción de la previsión del segundo punto del art. 145.1, lo que a todas luces resulta improcedente; por ello habrá que considerar que esta agravación potestativa lo será para cualquiera de los tres supuestos atenuados precedentes.

Por lo que respecta a la *penalidad*. Nuevamente la agravación punitiva es optativa, sin que la ley ofrezca criterios al Juez. De esta suerte la multa podría ser de nueve a doce meses y la inhabilitación especial de catorce meses a dos años.

**C. Tipo agravado: aborto posterior a las 22 semanas (art. 145 bis 2.).** Esta agravación por aborto extemporáneo, al igual que la agravación optativa anterior, ha de ser interpretada sistemáticamente para que sus efectos sean realmente agravatorios; para ello habrá que entenderlo

circunscrito en exclusiva a los incisos a) a d) del apartado primero del art. 145 bis.

Aquí la *penalidad* es la de multa de nueve a doce meses e inhabilitación especial de catorce meses a dos años.

## V. TIPOS AGRAVADOS DE EJECUCIÓN (ART. 144)

A diferencia del apartado anterior, no se trata aquí de tipificaciones singulares de coautoría, sino de tipos de autoría ordinaria, dado que la mujer no solo no interviene sino que, además, es también víctima; estamos ante un delito pluriofensivo.

**A.** El *sujeto activo*, facultativo o no, lleva a cabo el aborto sin consentimiento o contra el consentimiento de la embarazada. Entiendo que, fuero de urgencias vitales, ahora el consentimiento ha de ser expreso en los términos de la legislación en materia de consentimiento informado y autonomía del paciente. Por su parte, *sujeto pasivo* es aquí doble: la sociedad, por un lado, y, por otro, la mujer, en cuanto es víctima de conductas contrarias a su capacidad de autodeterminación. Ésta es, precisamente, la peculiaridad del delito complejo que aquí se presenta: al reunir en un solo tipo varios delitos, pueden verse afectados varios bienes jurídicos, de la misma o diversa índole, del mismo o de varios titulares.

**B.** La ausencia de consentimiento de la mujer tanto puede ser externa al sujeto activo como provocado por él mismo; lo relevante es que al sujeto le conste la falta de voluntad de la mujer a quien se le practique el aborto, con independencia de a qué obedezca tal falta de consentimiento. La Ley considera (art. 144 II) que el consentimiento viciado ha de ser producido mediante violencia, amenaza o engaño; esta equiparación, especialmente la del engaño a las otras manifestaciones, no resulta ni dogmática ni político-criminal ni sistemáticamente correcta. El engaño supone un ataque menos lesivo, no a la formación de la voluntad de las personas, sino a su propia integridad física o moral. Piénsese, por ejemplo, en la violencia o intimidación propias del delito de violación. Esta diferencia, como mínimo, habrá de ser tenida en cuenta a la hora de la medición de la pena.

Así, para el caso de *intimidación*, deberá amenazarse a la embarazada con un mal inmediato y grave; la gravedad ha de medirse por su relevancia penal: el mal ha de constituir delito que, salvo la amenaza de lesiones, tenga una pena igual o superior a la pena de prisión de cuatro

a ocho años. Por lo que respecta al engaño no se comprende, como se ha señalado, la equiparación con las modalidades típicas reseñadas. El único engaño posible y aceptable en esta constelación es hacer creer a la embarazada, sin que ella lo sospeche, que va a ser sometida a una intervención no abortiva. Difícilmente será sostenible cuando la mujer sepa que acude al establecimiento de un sujeto conocido como abortero.

En fin, llama la atención la *gravedad* de la pena; ésta reside en el hecho de que nos hallamos ante un *delito complejo*: dos son los bienes jurídicos en juego: el del aborto y el de la libertad y seguridad de la mujer. De ahí que case mal aquí el engaño, cuando menos equiparado a las formas ‘violentas’ de obtención del consentimiento o de realización de prácticas abortivas sin consentimiento alguno de la, aquí sí, víctima.

En orden a la *exclusión de la antijuridicidad* no resulta imaginable causa de justificación alguna. Desaparecido felizmente el aborto *honoris causa*, esa alternativa ha de entenderse proscrita en nuestro Derecho.

Se trata de un delito estructural y legalmente doloso. El dolo, ciertamente, máxime si se crea la ausencia de consentimiento propio y espontáneo, ha de ser directo.

C. Por lo que respecta al *concurso* no procede el castigo de las violencias, salvo que éstas integren por sí mismas un delito doloso de lesiones; las imprudentes quedan subsumidas en el tipo, tal como se entiende para las agresiones sexuales. Sorprendente, en fin, resulta la S 6-4-2004 que considera, de facto, un concurso de leyes entre el aborto consentido y el no consentido; no apreciado éste, se modifica la calificación definitiva, pero debió condenarse por aborto consentido no quedando afectado el principio acusatorio.

En cuanto a la *penalidad*, el castigo, como se ha adelantado, es grave: privación de libertad de cuatro a ocho años e inhabilitación profesional para el ejercicio de actividades (para) sanitarias de tres a diez años. Esta pena resulta, de hecho, más grave que la derogada para el tipo equivalente. A diferencia del resto de modalidades del aborto punible, sí se considera procedente la aplicación del art. 57.

## **VI. ABORTO IMPRUDENTE (ART. 146)**

Este es uno de los pocos delitos en que se castiga la imprudencia, contrariamente a lo que sucedía en el Derecho anterior –dejando de lado el arcano, para un sector doctrinal, del art. 412 del CP-73–, en

que solo cabía la comisión dolosa. Como se verá ya solo se castiga la imprudencia grave, siendo la leve impune. En todo caso, el ámbito de la imprudencia parece muy reducido; *solo se castiga la grave y la mujer, siempre, queda excluida* (art. 146 III).

**A. Aborto por imprudencia grave (art. 146 I).**

**1.** Puede cometerlo cualquiera que no sea personal sanitario exclusivamente, es decir, médicos o diplomados en enfermería, especialmente comadronas; tampoco la embarazada, pues queda impune (art. 146 III).

Al tratarse de una imprudencia y grave, la acción consiste en omitir el más elemental deber de cuidado. Tal podría ser caso del marido que, conociendo el estado de buena esperanza de su esposa la empuja violentamente, haciéndola caer del muro donde estaba sentada (10-5-1999), lo que parece impropio. En cambio, si, a causa de las prácticas inadecuadas sobre la gestante, nace una criatura que, por las lesiones recibidas en el seno materno, fallece al poco tiempo de nacer, el delito en jurego es un homicidio imprudente (S 29-11-2001).

**2.** Entran en el juego concursal delitos contra la integridad física, normalmente en concurso ideal; el conocimiento del estado del embarazo de la mujer y ejercer violencia sobre ella no supone, forzosa-mente, que estemos ante un aborto imprudente y menos por imprudencia grave (en contra, S 19-5-1999); es un resabio del extinto art. 412 CP-73.

Por lo que respecta a la *penalidad*, obsérvese que, suprimida la pena de arresto de fin de semana, en virtud de la LO 15/2003, ha resultado agravada la penalidad de esta figura al castigarla con de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Dada la naturaleza de la infracción, no resulta apropiado aplicar el art. 57.1.

**B. Aborto por negligencia profesional (art. 146 II).**

**1.** Médicos o diplomados en enfermería; no cabe entender otro personal sanitario, pues ni la medicina o cirugías en general ni la obstetricia ni la ginecología entran en su ámbito ordinario de actuación; es, pues, un delito especial. Esta modalidad agravada se compadece con el caso de una intervención quirúrgica, una vez aplicada anestesia local a la paciente, y tras de haber medido la profundidad de su útero e instalado un dilatador, por medio de una sonda se aspiró durante algunos minutos; tras otras maniobras incorrectas, al explo-

rar la zona afectada se pudo comprobar que varios centímetros de asas intestinales asomaban fuera de la vagina (S 13-11-2003).

2. Finalmente, en cuanto a la *penalidad*, a la pena, ahora, de prisión o multa, se añade la de inhabilitación de uno a tres años. Este es el único caso, en el contexto del aborto punible, en que se castiga al facultativo en razón a su profesión, pero únicamente por mala praxis y no por el hecho de haber producido un aborto.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Fundamento y naturaleza del art. 417 bis y su relación con las eximentes genéricas. En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/DENDALUZE, Iñaki/ECHEBURÚA, Enrique (comps.), Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Domostia-San Sebastián: IVAC-KREI, 1989, p. 707 y ss.

HUERTA TOCILDO, Susana. Criterios para la reforma del delito de aborto. En: Santiago MIR PUIG (Ed.). La despenalización del aborto. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, Servicio de Publicaciones, 1983, p. 14 ss.

LAURENZO COPELLO, Patricia. El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. En: Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), N°. 68, 2005, 69 p.

----- . El Aborto no punible. Barcelona: Editorial Bosch, 1990.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Español. Parte General. Octava edición, Barcelona: Reppertor S. L., 2008.

QUERALT, Joan. Derecho Penal Español. Parte especial, sexta edición. Barcelona: Atelier, 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia STC 53/1985.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia TEDH 5-9-2002, 8-7-2004, caso Vo c/ Francia.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia TEDH 10-4-2007, caso Evans c/ Reino Unido.

## CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL\*

PROF. DR. KAI AMBOS\*\*

### RESUMEN

El presente artículo plantea la discusión en torno a la necesidad de una convención especializada para la investigación, juzgamiento y castigo de los crímenes de lesa humanidad (*crimes against humanity*). A ese fin y como punto de referencia, se aborda la normativa contenida el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Con ello se intenta, como propósito central, someter esta disposición a un riguroso análisis crítico y comparar sus rendimientos frente a la definición del delito propuesta en el *Proyecto de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad*, elaborado por un grupo internacional de expertos, en el que participó el autor de este artículo. Un segundo tema a tratar, cercano al propuesto, es la capacidad efectiva que tiene o debería tener la CPI para prevenir y perseguir los crímenes de lesa humanidad. Este problema afecta a uno de los pilares fundamentales del Derecho Penal (internacional): su posible efecto de disuasión.

---

\* Texto originalmente publicado como “Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, en L. N. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 279-304. Traducción de John E. Zuluaga T., abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Becario del DAAD y miembro del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal de Göttingen (GlipGö). Revisión parcial hecha por el Prof. Dr. Ezequiel Malarino (UBA) y por el autor; revisión final completa por la Prof. Dra. Carmen Gómez Rivero.

\*\* Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Internacional Penal en la Georg-August-Universität Göttingen; Juez en el Tribunal Estatal (*Landgericht*) de Göttingen. Agradezco a mis (ex) asistentes de investigación Ousman Njikam (La Haya) y Dra. Stefanie Bock (Hamburgo/Göttingen) por su ayuda y a la Prof. Leila Sadat por sus valiosos comentarios.



Corte Penal Internacional, crímenes de lesa humanidad, Convención, Crímenes de lesa humanidad, efecto disuasivo.

## I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El uso moderno del concepto de crímenes de lesa humanidad (en adelante “CLH”) podría remontarse a la declaración del 28 de mayo de 1915 dada por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en la que se hizo alusión a las masacres de la población armenia en Turquía. En esta declaración, las atrocidades cometidas fueron descritas como “crímenes contra la humanidad por los cuales todos los miembros del Gobierno turco serán declarados responsables junto a sus agentes implicados en las masacres”<sup>1</sup>. En este caso, la novedad consistió en que los crímenes fueron cometidos por ciudadanos de un Estado contra sus propios conciudadanos y no contra los de otro Estado. Los juicios de Núremberg fueron similares en su naturaleza, en tanto trataron aquellos delitos cometidos por los alemanes contra sus propios compatriotas (alemanes)<sup>2</sup>. A pesar de ello, un repaso histórico al desarrollo de los crímenes de lesa humanidad permite demostrar que la Carta de Núremberg no constituyó una base legislativa para el desarrollo de un nuevo delito, sino que simplemente articuló un crimen que ya estaba integrado en la estructura del derecho internacional consuetudinario<sup>3</sup>. Esto se evidencia por lo menos en tres instrumentos: la “Cláusula Martens” de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907<sup>4</sup>, en referencia a las “leyes de humanidad”; la ya men-

<sup>1</sup> Cfr. SCHWELB, Egon. Crimes Against Humanity. *En*: Brit. Y. B. Int’l L. 23 (1946), p. 178, 181. Véase, también, el reciente artículo de CERONE, John P. The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes Against Humanity. *En*: New Eng. J. Int’l & Comp. L. 14 (2008), p. 191, 191-92.

<sup>2</sup> Cfr. CLARK, Roger S. Crimes Against Humanity at Nuremberg. *En*: George GINSBURGS/Vladimir Nikolaevich KUDRIAVTSEV (eds.). The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht; Boston: Norwell, MA, U.S.A.: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 193, 195-98.

<sup>3</sup> Cfr. ROBINSON, Darryl. Defining Crimes Against Humanity at The Rome Conference. *En*: Am. J. Int’l L. 93, 1999, p. 44.

<sup>4</sup> El Preámbulo de la Convención con respecto a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 29 Jul., 1899, 32 Stat. 1803 y el Preámbulo de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, con regulaciones anexas, 18 Oct., 1907, 36 Stat. 2277 especifican que en los casos no incluidos en las Regulaciones de La Haya, “los habitantes y los beligerantes quedan bajo la

cionada Declaración Conjunta del 28 de mayo de 1915, que censura los “crímenes contra la humanidad y la civilización”<sup>5</sup>; así como el Informe de 1919 de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra, que sostiene la responsabilidad penal individual por “violaciones a las leyes de humanidad”<sup>6</sup>. Es digno de anotar que respecto al reconocimiento histórico de las “leyes de humanidad” y los “crímenes de lesa humanidad”, el alcance de estos principios fue potencialmente muy amplio, tal vez tanto como el de los derechos humanos. Se trataron una amplia gama de conductas, ya sean realizadas por actores estatales o no estatales, ya sea en tiempos de guerra o de paz<sup>7</sup>.

Sin embargo, la definición de los CLH hasta ahora ha sido vaga y, en muchos aspectos, contradictoria. Una definición más precisa de los CLH, lo que además refleja su evolución histórica, solo se logró con el Estatuto de la CPI. El artículo 7 representa tanto una “codificación” como también un “desarrollo progresivo” del derecho internacional<sup>8</sup>. Se une a las distintas características legales que pueden considerarse como el “common law” de los CLH<sup>9</sup>. Sin embargo,

---

salvaguardia y el imperio de las reglas de los principios de la ley de las naciones, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad, y los dictados de la conciencia pública”.

<sup>5</sup> Cfr. SCHWELB, *supra* nota 1; véase, también, United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War 35, 1948.

<sup>6</sup> El informe de 1919 presentado a la Conferencia Preliminar de Paz por la Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y en la aplicación de sanciones por violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, recomendó el establecimiento de un alto tribunal para juzgar a personas que pertenecen a países enemigos que fueron culpables de “delitos contra las leyes y costumbres de la guerra o las leyes de humanidad”, extraído de CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud. Crimes Against Humanity in International Criminal Law. 2nd. ed. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 553-65.

<sup>7</sup> Cfr. PAUST, Jordan J. *et al.*, International Criminal Law, Cases and Materials. 3<sup>rd</sup> ed., Durham: Carolina Academic Press, Carolina Academic Press, 2007, p. 703.

<sup>8</sup> Cfr. Art. 13 UN-Charter. Cfr. también CLARK, Roger S. Crimes Against Humanity and The Rome Statute of the International Criminal Court. En: Roger CLARK et al. (Eds.). International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in honor of George Ginsburgs. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 139-156.

<sup>9</sup> LUBAN, David. A Theory of Crimes against Humanity. En: Yale J. Int.L. 29, 2004, p. 85, 93 y ss., a manera de resumen de estas características legales (p. 108): “Los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político,

para comprender la *razón subyacente* de este tipo de crímenes, se hace necesario profundizar e ir más allá del mero análisis positivo de los Estatutos y de otras normas. Por lo menos, la historia nos enseña que el Estado siempre ha tenido un papel importante en la organización y la comisión real de CLH. Este hecho histórico representa un fuerte argumento para conceptualizar los CLH como un crimen de Estado en el sentido de la definición de Richard Vernon:

“(…) una inversión moral, o la parodia, del Estado.”<sup>10</sup>

“(…) un abuso de poder del Estado que implica una inversión sistemática de los recursos jurisdiccionales del Estado.”<sup>11</sup>

“(…) una inversión sistemática: los poderes que justifican el Estado son, perversamente, instrumentalizados por el mismo, la territorialidad es transformada de refugio a una trampa, y las modalidades de castigo son ejercidas sobre los inocentes.”<sup>12</sup>

El problema de esta definición es que se limita a la relación clásica entre un Estado y sus ciudadanos, aquellos residentes en su territorio, dejando fuera, por un lado, relaciones extraterritoriales Estado-ciudadano y, por otra parte, las relaciones de un Estado con ciudadanos extranjeros<sup>13</sup>. Además, la definición no logra tener en cuenta los actores no estatales, por lo menos no explícitamente. Se puede reemplazar el “Estado” por “actor no estatal” para dar cabida a aquel concepto de reconocido prestigio que entiende este último como autor potencial de CLH. Sin embargo, esto no sería suficiente, ya que existe una clara diferencia entre la obligación del Estado en virtud del derecho internacional de garantizar el imperio de la ley

---

consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales”. (LUBAN, David. Una teoría de los crímenes contra la humanidad, traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez. Bogotá: Temis S. A., 2011, p. 62).

<sup>10</sup> VERNON, Richard. What is Crime against Humanity? *En*: The Journal of Political Philosophy 10, 2002, p. 231, 233 (“(…) a moral inversion, or travesty, of the state”, traducción de John E. Zuluaga).

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 242 (“(…) an abuse of state power involving a systematic inversion of the jurisdictional resources of the state”, traducción de John E. Zuluaga).

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 245 (“(…) a systematic inversion: powers that justify the state are, perversely, instrumentalized by it, territoriality is transformed from a refuge to a trap, and the modalities of punishment are brought to bear upon the guiltless.”, traducción de John E. Zuluaga).

<sup>13</sup> Véase la convincente crítica de LUBAN, Op, cit. nota 9, p. 94 con nota a pie 28.

y proteger a sus ciudadanos y un deber similar (emergente) de un actor no estatal en el territorio bajo su control. Con todo, es más convincente desarrollar un concepto de CLH, sin enfocarse tanto en el ente que está detrás de estos crímenes. Esto no niega la connotación eminentemente política de los CLH, es más, hace hincapié en la “distintiva perversión de la política”<sup>14</sup> que subyace a los CLH; se retoma con ello la idea de David Luban sobre CLH según la cual estos crímenes son una expresión de que “la política ha ido horriblemente mal”<sup>15</sup> y que “la política ha sido cancerosa,”<sup>16</sup> lanzando una doble agresión a la individualidad (el individuo y la “calidad política del ser humano”, “humanidad”) y a los grupos (“el conjunto de las personas”, la “sociabilidad”, “humanidad”)<sup>17</sup>:

“En primer lugar, la frase “crímenes contra la humanidad” sugiere delitos que agravan no solo a las víctimas y sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad. En segundo lugar, la frase sugiere que estos delitos calan hondo, lesionando el núcleo de humanidad que todos compartimos y que nos distingue de otros seres de la naturaleza.”<sup>18</sup>

“(…) lo humano que los crímenes contra la humanidad violan radica en nuestra condición de animales políticos. (…) los crímenes contra la humanidad ofenden este estatus de dos maneras: pervirtiendo a la política y atacando, en tándem, la individualidad y sociabilidad de las víctimas.”<sup>19</sup>

“(…) crímenes contra la humanidad (…) representan una afrenta a nuestra naturaleza de animales políticos, a nuestro doble carácter de individuos insociablemente sociales que combinan la autoconsciencia y el propio interés con una necesidad natural de socializar (…) los crímenes contra la humanidad agreden nuestra individualidad atacándonos exclusivamente debido a los grupos a los cuales pertenecemos, y agreden nuestra sociabilidad transformando las comunidades políticas en trampas mortales”<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> VERNON, Op, cit. nota 10.

<sup>15</sup> VERNON, *Ibid.*, p. 108.

<sup>16</sup> VERNON, *Ibid.*, p. 116.

<sup>17</sup> VERNON, *Ibid.*, p. 86 y ss. VERNON, si bien es crítico del elemento de humanidad (*supra* nota 10, p. 237), comparte la idea de un ataque contra la humanidad en el sentido de la entidad y la diversidad (p. 238 y ss.).

<sup>18</sup> LUBAN, Op, cit. nota 9, p. 86 (nota a pie omitida) (Traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez, *supra* nota 9, p. 5).

<sup>19</sup> LUBAN, *Ibid.*, p. 120, (Traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez, *supra* nota 9, p. 92).

<sup>20</sup> LUBAN, *Ibid.*, p. 159-160, (Traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez, *supra* nota 9, p. 194).

Los CLH, así entendidos, intentan proporcionar una protección penal en contra de la transgresión a las leyes más básicas para la protección de nuestra individualidad como seres políticos y nuestra sociabilidad como miembros –de nuevo– de las comunidades políticas. El transgresor, es decir, el criminal de lesa humanidad, llega a convertirse, en ese sentido, en un enemigo y objetivo legítimo de toda la humanidad<sup>21</sup>, un *hostis humani generis*, el cual, en principio, cualquier persona (“el pueblo”) puede llevar a la justicia. Si bien este resultado da lugar a ciertas preocupaciones<sup>22</sup>, el concepto subyacente de CLH es convincente, ya que explica la esencia de los CLH sin invocar un mero análisis positivo y, además, evita excesos al criminalizar violaciones solo de los derechos humanos más fundamentales. Desde una perspectiva metodológica tal enfoque es convincente, ya que deja claro que la búsqueda de una construcción correcta y racional de la ley (“ley de derecho”) debe tener prioridad sobre las consideraciones de política pura.

Por lo tanto, parece haber al menos un fundamento común y un mismo entendimiento entorno a lo que equivale un CLH y lo que el fiscal tiene que probar. Por lo tanto, el artículo 7 sirve como un buen

---

<sup>21</sup> LUBAN, *Ibid.*, p. 139, 160; para la misma consecuencia Vernon, *supra* nota 10, p. 234.

<sup>22</sup> El “jurista del sistema jurídico continental europeo” (*civil lawyer*) debe traer a colación en primer lugar el polémico y controvertido debate sobre el Derecho Penal de enemigo (*Feindstrafrecht*, *Derecho Penal del enemigo*, *diritto penale del nemico*) que tiene lugar, en particular, en Europa continental y América Latina y está dirigido en especial a los delinquentes terroristas. Como Derecho Penal especial ha de ser rechazado (véase un reporte más o menos completo en los siguientes dos volúmenes (CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (eds.), *Derecho Penal de enemigo*, Montevideo-Buenos Aires: Edisofer, 2006); véase, también, DONINI, Massimo/PAPA, Michele (eds.). *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*. Nilano: Giuffrè, 2007. Desde mi punto de vista, véase AMBOS, Kai. *Feindstrafrecht*. *En: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 124, 2006, p. 1; en español: *Derecho Penal del enemigo*. *En: CANCIO/GÓMEZ-JARA*, Op. cit., vol. 1, p. 119; versión actualizada en Kai AMBOS. *El Derecho Penal frente a amenazas extremas*. Madrid: Dykinson 2007, p. 81-145; en Italiano: *Il diritto penale del nemico*. *En: DONINI/PAPA*, Op. cit., p. 29. En segundo lugar, tal concepto de CLH puede dar lugar, como el mismo LUBAN reconoció, a una peligrosa justicia y jurisdicción de los pueblos (vigilante) (LUBAN, Op. cit., nota 9, p. 140, 160); quien propone hacer frente a posibles abusos mediante la delegación del *ius puniendi* a los tribunales nacionales e internacionales que cumplan las normas mínimas de la “justicia natural”, es decir, garantizar un juicio justo (*Ibid.*, p. 142-3, 145, 160).

punto de partida para la discusión de una convención especializada sobre CLH.

## II. ESTRUCTURA Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL ART. 7.

A. *Una doble estructura: contexto (chapau) y el hecho individual.* El art. 7 del Estatuto de la CPI tiene una estructura similar a las disposiciones correspondientes en los Estatutos del TPIY y del TPIR (artículos 5 y 3 respectivamente); estos solo difieren en su encabezado. El art. 7 se compone de un elemento de contexto (*chapau, Gesamttat*) y una lista de actos inhumanos que deben ser cometidos en el contexto aludido. En otras palabras, el encabezado o preámbulo (*chapau*) establece las condiciones bajo las cuales la comisión de algún acto por parte de una persona constituye un crimen contra la humanidad<sup>23</sup>. El preámbulo dice lo siguiente:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.”

Cuatro requisitos fundamentales se derivan de este párrafo que a manera de preámbulo introduce la aludida lista de actos inhumanos, es decir,

- La prueba disyuntiva o test sistemático;
- El elemento “población civil” como objeto del ataque;
- Un requisito mental especial;
- La existencia de actos individuales que se cometan en el marco del ataque.

Además, se desprende del mencionado preámbulo el hecho de que deja de ser necesario el nexos con un conflicto armado y con una intención discriminatoria especial.

B. *El elemento de contexto.* Sobre el desarrollo histórico y la razón de ser del elemento de contexto, existe una profunda discusión recogida en otros trabajos<sup>24</sup>. Resumiendo el debate, cabe recordar que

<sup>23</sup> Cfr. VON HEBEL, Herman/ROBINSON, Darryl. Crimes within the Jurisdiction of the Court. En: Roy S. LEE (ed.). The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 91.

<sup>24</sup> AMBOS, Kai/WIRTH, Steffen. The Current Law of Crimes against Humanity. An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000. En: Criminal Law Forum 13, 2002,

el elemento de contexto ha ido cambiando a lo largo de su historia, pero siempre ha llegado a ser requerido algún tipo de contexto, por medio de un *vínculo a una autoridad o poder*, ya sea un Estado, organización o grupo; a pesar de ello, la referencia a “la política de una organización” realizada en el art. 7 (2), deja claro que la disposición también se aplica a los actores no estatales<sup>25</sup>. Estos actores deben estar en condiciones de actuar como un Estado, es decir, deben poseer una capacidad similar en organización y fuerza<sup>26</sup>. El elemento de contexto se convirtió así en el “elemento internacional”<sup>27</sup> de los CLH, que determina que cierta conducta criminal tenga una especial repercusión y sea motivo de preocupación internacional<sup>28</sup>. La

---

p. 1, 3 y ss.; AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht und Europäisches Strafrecht*. 3<sup>era</sup> ed. München: C. H. Beck., 2011, § 7 nota marginal (num.) 174 y ss.

<sup>25</sup> Disintiendo CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud. *The Legislative History of the ICC: Introduction, Analysis and Integrated Text of the Statute, Elements of crimes and rules of Procedure and Evidence 1*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2005, p. 151-152. Convincentemente, contra la perspectiva de Bassiouni: SCHABAS, William A. *Crimes against Humanity: The State Plan or Policy Element*. En: SADAT, Leila/SCHARF, Michael (Eds.) *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 358 y ss. En todo caso, BASSIOUNI mismo (*supra* nota 6, p. 245) reconoce una “extensión de los actores no estatales por analogía” si actúan de conformidad con la política.

<sup>26</sup> Véase AMBOS, Op. cit. nota 24, § 7 num. 188 con otras referencias; en similar variante: BASSIOUNI, Op. cit. nota 25, p. 245 (los actores no estatales “participan de las características de los actores estatales en cuanto ejerzan algún dominio o control sobre el territorio y el pueblo, y lleven a cabo una “política” que tenga características similares a las de “la acción del Estado o de la política”); recientemente: SCHABAS, Op. cit. nota 25, p. 359 (“state-like bodies”).

<sup>27</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Caso No. IT-94-1-A and IT-94-1-A bis, Appeals Judgment, separado de la opinión del juicio a Shahabuddeen (Ene. 26, 2000); BASSIOUNI, Op. cit. nota 6, p. 243 (Cfr. el título del capítulo 6: “The International or Jurisdictional Element”).

<sup>28</sup> KRESS, Claus. *Der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Grenzbereich zwischen internationalem bewaffneten Konflikt und Bürgerkrieg*. En: FISCHER, Horst/LÜDER, Sascha Rolf (Eds.). *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof*. Berlin: Berlin Verlag Arno Spitz, 1999, p. 15, 53–55; VAN SCHAACK, Beth. *The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence*. En: *Columbia J. Transnat. L.* 37, 1999, p. 787, 819; LIPPMAN, Matthew. *Crimes Against Humanity*. En: *Boston College Third World L. Rev.* 17, 1997, p. 171, 173, 183 citando a Robert H. Jackson, líder de la delegación de los Estados Unidos en la conferencia de Londres de 1945, donde fue negociada la Carta de Núremberg;

razón fundamental de la “internacionalización” de estos delitos fue su especial gravedad, a menudo acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas nacionales de justicia penal para procesarlos. En efecto, como se mencionó anteriormente, un CLH puede ser entendido como un crimen de Estado en el sentido de la “inversión sistemática” de los poderes que justifiquen la existencia del Estado.

**1.** *El test sistemático-general.* El art. 7 convierte en CLH los actos individuales enumerados en dicha disposición, en tanto cumplan con el test sistemático-general. Esta prueba se propone garantizar que los actos individuales, aislados o aleatorios, no lleguen a constituir un CLH<sup>29</sup>. Mientras que el término “generalizado” implica, en un sentido más bien cuantitativo, que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas<sup>30</sup>, “sistemático” tiene un

---

recientemente CERONE, Op. cit. nota 1, p. 195 (“requisito del nexo”); en la misma variante KIRSCH, Stefan. –Zweiterlei Unrecht. –Zum Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit–. En: MICHALKE, Regina et al. (Eds.). Festschrift für Rainer Hamm zum 65 Gerbutstag. Berlin: Walter de Gruyter, 2008, p. 283, 285 y ss. considerando el elemento de contexto, sin embargo, como un mero elemento jurisdiccional, en Inglés: KIRSCH, Stefan. Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity. En: LJIL 22, 2009, p. 525 y, para una discusión mas detallada, KIRSCH, Stefan. Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Frankfurt: Peter Lang, 2009, p. 107 y ss.

<sup>29</sup> Véase también Prosecutor v. Milutinović et al., Caso No. IT-05-87-T, Trial Judgment, para. 150 (Feb. 26, 2009); Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo, Doc. No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, para. 394 (Sep. 30, 2008); conc. Prosecutor v. Al Bashir, No. ICC-02/05-01/09-3, Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, para. 81 (Mar. 4, 2009); así mismo, CRYER, Robert. The Definition of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant. En: JICL 7, 2009, p. 283; Prosecutor v. Bemba Gombo, Doc. No. ICC-01/05-01/08-424, Decisión de conformidad al art. 61(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma en los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, para. 83 (Jun. 15, 2009). Véase, también, DIXON, Rodney revisado por Christopher HALL. Crimes Against Humanity. En: Otto TRIFFTERER (Ed.). Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers Notes, Article by Article. 2nd ed., München: C. H. Beck et al., 2008, Art. 7 num. 4 (p. 169).

<sup>30</sup> El elemento definitorio importante es el número de víctimas, no el número de actos (Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges, Op. cit. nota 29, para. 395). Sin embargo, un simple acto puede ser suficiente si este es “de una magnitud extraordinaria.” Esta es la (correcta) visión del TPIY desde *the Rule 61 decision* en el caso del *hospital Vucovar* (Prosecutor v. Mrksic et al., Caso No. IT-95-13-R61,



significado más bien cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica<sup>31</sup>. La jurisprudencia siempre ha optado por una lectura disyuntiva o alternativa de estos elementos, es decir, sostuvo que el “ataque” bien podría ser generalizado o sistemático, pero no necesariamente ambas cosas a la vez<sup>32</sup>. Sin embargo, el art. 7 parece oscurecer esta aparente clara interpretación de la definición del elemento de contexto del párrafo 1 (“ataque contra una población civil”), pues en su párrafo 2 (a) establece ello como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (...), de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.” Esta definición reemplaza el término “generalizada” por “la comisión múltiple de actos” y el adjetivo “sistemático” por “un

---

Decision on Review of Indictment Pursuant to Rule 61[Apr. 3, 1996]), en sentido similar Bemba Gombo Confirmation of Charges, Op. cit., nota 29, para 83; para una discusión y otras referencias véase AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 20-21; AMBOS, Op. cit. nota 24, § 7 num. 184, con nota al pie 781; para una buena y reciente discusión, véase EBOE-OSUJI, Chile. Crimes against Humanity: Directing attacks against a civilian population. En: Afr. J. Legal Stud. 2, 2008, p. 118, 120; véase también CERONE, Op. cit. nota 1, art. 197. Para otra perspectiva (actos “repetidos”) véase Tribunal superior iraquí en el juicio de Al-Dujail; sobre ello, AMBOS, Kai/PIRMURAT, Said. Das Todesurteil gegen Saddam Hussein. En: Juristen Zeitung (“JZ”) 62, 2007, p. 822, 824; KUSCHNIK, Bernhard. The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgements of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC? En: Chinese J. Int’l L. 7, 2008, p. 459, 472 a la vez con otras referencias.

<sup>31</sup> Véase por ejemplo Prosecutor v. Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Trial Judgment, para. 579 (Sept. 2, 1998) definiendo “extendido”, “como masivo, frecuente, acción a gran escala, llevada a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas”, y “sistemática”, “como bien organizada y siguiendo un patrón regular sobre la base de una política común envolviendo recursos importantes, públicos o privados.” Para un detallado análisis de la jurisprudencia véase AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 18 y ss. El Tribunal superior iraquí también usa el término “a gran escala” y “metódico” para extendido y sistemático, véase KUSCHNIK, Op. cit. nota 30, p. 471 con referencias. Véase también Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges, Op. cit. nota 29, para. 397 con referencias a la jurisprudencia relevante de tribunales *ad hoc*; conc. Al Bashir Arrest Warrant, Op. cit. nota 29, para. 81.

<sup>32</sup> Para una de las primeras y más importantes decisiones véase Akayesu Trial Judgment, Op. cit. nota 31, para. 579; más recientemente Bemba Gombo Confirmation of Charges, Op. cit. nota 29, para. 82. Para otras referencias véase AMBOS, Kai. Selected issues regarding the ‘Core Crimes’ in International Criminal Law. En: International Criminal Law: Quo vadis? (Nouvelles Etudes Penales 19), AIDP ed., Érés 2004, p. 219, 243; *Ibid.*, Op. cit. nota 24, § 7 num. 185.

Estado o política de una organización". Sin embargo, lo más importante ya no es el significado aislado que aporta cada uno de estos elementos expresados de modo alternativo, sino el que adquieren al interconectarse, en la medida en que la "comisión múltiple" debe basarse en una "política". Esto significa que el elemento de la política es indispensable y su ausencia no puede ser compensada, por ejemplo, con un número particularmente elevado de actos y/o víctimas. En otras palabras, la mera cantidad no convierte una serie de actos en CLH, de lo contrario, un asesino en serie se calificaría como criminal de lesa humanidad por el mero hecho de que actuó a gran escala. De esta manera, en cambio, el elemento decisivo es el de que respondan a una política de actuación: solo su existencia convierte múltiples actos en CLH<sup>33</sup>. Esto también es confirmado por el concepto de CLH que define el mismo como un crimen eminentemente político, como se defendió antes (*supra* Parte I).

De hecho, el elemento de la política se ha desarrollado a partir del ya mencionado requisito de un vínculo a un Estado o una autoridad no estatal y como tal puede ser encontrado en la jurisprudencia post Segunda Guerra Mundial y en los Proyectos de Códigos de la Comisión de Derecho Internacional<sup>34</sup>. Aunque la jurisprudencia del TPIY y el TPIR ha negado en varias ocasiones que este elemento sea requerido por el derecho consuetudinario internacional<sup>35</sup>, su inclu-

<sup>33</sup> Véase también ROBINSON, Darryl. *The Elements of Crimes Against Humanity*. En: LEE, Roy S. et al (ed.). *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Ardsley, NY: Transnational Publishers 2001, pp. 57, 63: "prueba disyuntiva... junto con un... test conjuntivo ... (múltiple y político)"; también p. 64: "... elemento político... une de otra manera actos inhumanos no relatados [...]."

<sup>34</sup> Para las respectivas referencias véase AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 26.

<sup>35</sup> *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Appeals Judgment, para. 98 (Jun. 12, 2002); *Prosecutor v. Vasiljevic*, Caso No. IT-98-32-T, Trial Judgment, para. 36 (Nov. 29, 2002); *Prosecutor v. Limaj et al.*, Caso No. IT-03-66-T, Trial Judgment, para 184 (Nov. 30, 2005); *Prosecutor v. Krajisnik*, Caso No. IT-00-39-T, Trial Judgment, para 706 (Sept. 27, 2006); *Prosecutor v. Muvunyi*, Caso No. ICTR-2000-55A-T, Trial Judgment, para. 512 (Sept. 12, 2006) con otras referencias nota a pie 716. Véase en esta jurisprudencia la mayor literatura crítica: METTRAUX, Guénaél. *International Crimes and the ad hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 172 con nota a pie 93; BASSIOUNI, Op. cit. nota 6, p. 243 y ss.; BOOT, Machteld. *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: v. 12: Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. New York: Intersentia, 2002, para. 458 y ss.; AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 28 y ss.;

sión explícita en el art. 7 (2) lo confirma. Este elemento deja claro que es necesario algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto y, por lo tanto, la organización y planificación por medio de una política<sup>36</sup>, para categorizar de otro modo los delitos comunes como CLH. Por lo tanto, ofrece una guía importante para delimitar los delitos comunes de los CLH. Otra cuestión es qué tipo de política es específicamente necesaria. El viejo debate entre la conducta activa y mera inacción o tolerancia de las atrocidades que se refleja en la formulación contradictoria entre los Elementos del Crimen y una correspondiente nota a pie de página<sup>37</sup>, discutido en otra parte<sup>38</sup>, se debe decidir en favor de una interpretación amplia del concepto de política<sup>39</sup>. Dada su condición controvertida en el derecho consuetudinario internacional y el sentido general de “política”, la inacción, la tolerancia o la aquiescencia frente a CLH deben considerarse suficientes. Hay, sin embargo, una diferencia entre un ataque sistemáti-

---

MESEKE, Stephan. *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Eine Völkerstrafrechtliche Analyse*. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 2004, p. 139; WERLE, Gerhard. *Völkerstrafrecht*, 2da. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, num. 768; CRYER, Robert *et al.* *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press. 2007, pp. 196-197; ; CERONE, Op. cit. Nota 1, p. 198; SCHABAS, Op. cit. Nota 26, p. 349 y ss. (350-51) demostrando convincentemente que el plan estatal o política siempre fue requerido. El Parlamento Europeo emitió recientemente una declaración para reconocer todos los delitos sexuales como CLH, independiente de un contexto sistemático (RC/703595 EN doc, Ene. 16, 2008).

<sup>36</sup> Véase Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges, *supra* nota 29, para. 396.

<sup>37</sup> El tercer párrafo de la introducción a los Elementos del Crimen (PCNICC/2000/INF/3/Add.2, Sept. 9, 2002) concerniente al art. 7 dice: “Se entiende que la “política... de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.” Sin embargo, la nota a pie 6 adjunta a la frase aludida advierte: “La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización (énfasis añadido).” Sobre la dificultad de negociación véase ROBINSON, Op. cit. nota 33, p. 75 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 28 y ss. (34); AMBOS, Op. cit. nota 32, p. 244-45; AMBOS, Op. cit. nota 24, § 7 num. 187.

<sup>39</sup> Para una visión aparentemente igual véase ROBINSON, Op. cit. nota 33, p. 79, referido al reporte de la comisión de expertos para la exYugoslavia requiriendo una “acción deliberada para alentar a los delitos”.

co y uno generalizado. Mientras que en el primero puede ser típica una cierta orientación de los autores individuales con respecto a las víctimas potenciales, un ataque generalizado, que no es a la vez sistemático, llega a ser acompañado frecuentemente de una única política que consiste en la inacción deliberada, tolerancia o aquiescencia.

**2. La población civil como objeto del ataque.** He argumentado en otra parte que este elemento debe ser eliminado del art. 7, ya que no se puede conciliar con una definición esencialmente humanitaria de los CLH, defendida en este artículo (*supra* I.), es decir, para proteger la humanidad y lo humano y, por lo tanto, los derechos humanos fundamentales de *todas* las personas contra violaciones sistemáticas y generalizadas<sup>40</sup>. El Tribunal reconoció este problema con anterioridad en *Kupreskic et al.*, cuando afirmó:

“Uno no ve por qué solo los civiles y no también los combatientes deben ser protegidos por estas normas (en particular por la norma que prohíbe la persecución), teniendo en cuenta que puede considerarse que estas reglas poseen un alcance y propósito humanitario más amplio que aquellas que prohíben los crímenes de guerra”<sup>41</sup>.

Sin embargo, el TPIY sostuvo, incluso, en algunos casos, que la población civil debe ser lo “principal” antes que un objetivo incidental del ataque, es decir, al parecer, se restringe aún más los CLH al resaltar la población civil (“dirigida a”) como un elemento<sup>42</sup>. A pesar de ello, incluso una lectura conservadora de los CLH no requiere más que un ataque intencional contra la población civil<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> AMBOS, Op. cit. nota 32, p. 245 y ss. (247); AMBOS, Op. cit. nota 24, § 7 num. 189 y ss.; para una interpretación amplia AMBOS/WIRTH, Op. cit. *supra* nota 24, p. 22 y ss.

<sup>41</sup> Prosecutor v. Kupreskic, Caso No. IT-95-16-T, Trial Judgment, para 547 (Ene. 24, 2000) (“One fails to see why only civilians and not also combatants should be protected by these rules (in particular by the rule prohibiting persecution), given that these rules may be held to possess a broader humanitarian scope and purpose than those prohibiting war crimes”. Traducción de John E. Zuluaga.)

<sup>42</sup> Prosecutor v. Kunarac, *supra* nota 35, para. 91; Prosecutor v. Blaškić, Caso No. IT-95-14-A, Appeals Judgment, para. 106 (Jul. 29, 2004); Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Caso No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgment, para. 96 (Dec. 17, 2004); Prosecutor v. M. Lukić & S. Lukić, Caso No. IT-98-32/1-T, Trial Judgment, para. 874 (Jul. 20, 2009). Esta visión ha sido adoptada por el SCSL: Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Caso No. SCSL-04-14-T, Trial Judgment, para. 114 (Ag. 2, 2007); Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Caso No. SCSL-04-14-A, Appeals Judgment, para. 299 (May 28, 2008).

<sup>43</sup> Para una buena discusión véase EBOE-OSUJI, Op. cit. nota 30, p. 120 y ss.

Sea como fuere, el hecho de que los redactores del Estatuto de la CPI hayan mantenido el requisito demuestra que aún no reconocen los CLH como un concepto de crímenes por derecho propio, sino, más bien, como una extensión de los crímenes de guerra en tiempos de paz. Sin embargo, además de la inconsistencia de tal definición conservadora de CLH –con su razón de ser–, en un nivel más técnico, una definición de “civiles” según el DIH tiene dificultades insuperables si se aplica en tiempos de paz. Mientras que el término puede ser definido formalmente en relación con un conflicto armado (internacional) en un sentido negativo, referido a aquellas personas que no son miembros de organizaciones militares o grupos tal como se define en el art. 4 A III CG (art. 50 PA I), en tiempo de paz el recurso a esta definición no es posible, ya que el DIH no es aplicable en este tipo de momentos. De hecho, en tiempos de paz todas las personas son civiles (es decir, los no combatientes), y es precisamente durante este transcurso cuando los CLH deben cumplir la función de llenar el vacío dejado por los crímenes de los conflictos armados. Por lo tanto, la protección debe extenderse a todas las personas, incluidos los soldados<sup>44</sup>.

Si bien los tribunales *ad hoc* en *Kupreskic et al.*, como se muestra arriba, ya han reconocido el dilema generado por el requisito de población civil, el mismo es, como en el caso de la Corte Penal Internacional, obligatorio o vinculante por la redacción de sus estatutos y, por lo tanto, se presenta como un problema inevitable. Si bien se puede subrayar el término “población”, argumentando que la exigencia se centra más en la naturaleza colectiva del ataque (en contra de una “población”) que en las personas (civiles o militares) afectadas<sup>45</sup>, lo que confirma que debe haber una multiplicidad de víctimas (ir en contra de una interpretación estrictamente alternativa del requisito “generalizado o sistemático”)<sup>46</sup>, esto no hace que el término “civil” desaparezca. Del mismo modo, se puede optar por una interpreta-

---

<sup>44</sup> Para el mismo resultado, véase: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 122-23; KOLB, Robert. *Droit International Penal*. Bâle: Helbing Lichtenhahn; Bruxelles: Bruylant, 2008, p. 97; BORSARI, Riccardo. *Diritto Punitivo Sovranazionale come Sistema*. Padova: CEDAM, 2007, p. 73; también MESEKE, Op. cit. nota 35, p. 156.

<sup>45</sup> En similar sentido LUBAN, Op. cit. nota 9, at 104 quien, sin embargo, no renuncia al requisito de los civiles.

<sup>46</sup> AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 21; contra esta visión LUBAN, Op. cit. nota 9, p. 108 con nota a pie 84, argumentando a favor de una interpretación amplia del requisito de población en el sentido de “cualquier” población (p. 105 y ss.).

ción amplia del término “civil”, pero esta interpretación no debe, a la luz del principio de legalidad (artículo 22 (2)), ser extendida más allá del sentido razonable del término<sup>47</sup>. Por lo tanto, la única solución clara es eliminar por completo el requisito de población civil.

**3. El requisito de conocimiento.** El preámbulo del art. 7 exige explícitamente que el acusado sea consciente del ataque del cual su acto individual forma parte. Esto implica un doble examen: por un lado, el autor debe saber de la existencia del ataque y, por el otro, debe saber que su acto individual forma parte de este ataque<sup>48</sup>. El requisito de conocimiento constituye un elemento subjetivo adicional que se distingue de la obligación general de *mens rea* del art. 30<sup>49</sup>. Esto se desprende tanto del hecho de que el “conocimiento” se menciona expresamente en el art. 7, como también de los Elementos del Crimen, donde el conocimiento se requiere asimismo por separado en los elementos de cada uno de los actos individuales enumerados en los CLH. Si hubiera que entender el requisito de conocimiento como parte del elemento mental general, párr. 3 del art. 30, tendría que ser interpretado en el sentido del enfoque basado en el riesgo (ver abajo)<sup>50</sup>. Se trata de otra buena razón para interpretar el requisito de conocimiento como un elemento mental adicional. En términos estructurales, el requisito de conocimiento conecta los actos individuales con el ataque general a través de la intención del autor. Por lo tanto, garantiza que los actos individuales, aislados, que solo se llevan a cabo con ocasión de un ataque global, “aprovechando la oportunidad”, no se califiquen como CLH y, por lo tanto, no pueden ser procesados bajo el art. 7.

La jurisprudencia sostiene que el acusado debe ser consciente de que su acto forma parte del ataque colectivo<sup>51</sup>. Hay, sin embargo,

<sup>47</sup> Véase una interpretación amplia del TPIY Prosecutor v. Galic, Caso No. IT-98-29-A, Appeals Judgment, para. 144 (Nov. 30, 2006); Milutinović *et al.* Trial Judgment, *supra* nota 29, para. 147, con otras referencias; crítico de la jurisprudencia: ZAHAR, Alexander/SLUITER, Göran. International Criminal Law. A Critical Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 205 y ss.

<sup>48</sup> AMBOS, Op. cit. nota 32, p. 249. Contra el requisito mental KIRSCH, Op. cit. nota 28, p. 286; KIRSCH en LJIL2009, Op. cit. nota 28, p. 526.

<sup>49</sup> AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 39-40.

<sup>50</sup> Si bien esto es posible (AMBOS, Op. cit. nota 32, p. 250; AMBOS, Op. cit. nota 24, § 7 num. 197), generará seguramente controversias.

<sup>51</sup> Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Caso No. IT-95-14/2-T, Trial Judgment, para. 187 (Feb. 26, 2001); Prosecutor v. Tadic, Caso No. IT-94-1-A, Appeals Judgment, para. 248, 255 (Jul. 15, 1999); Kupreskic Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 556;

cierta controversia en cuanto al contenido específico de este conocimiento y su *objeto de referencia*<sup>52</sup>. En cuanto a este último, es convincente el enfoque orientado al riesgo o basado en el riesgo propuesto por la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaškic*. De acuerdo con este enfoque, el conocimiento también incluye la conducta “de una persona que está tomando un riesgo deliberado con la esperanza de que el riesgo no va a causar daño”<sup>53</sup>. Esto fue confirmado por la Sala de Apelaciones en el caso *Kunarac* defendiendo la perspectiva de la Sala de Primera Instancia, según la cual el autor debe, al menos, haber conocido “el riesgo de que sus actos fueron parte del ataque”<sup>54</sup>. Este enfoque extiende el conocimiento desde lo “completo” o conocimiento “positivo” al campo de la imprudencia y, por lo tanto, aclara el oscuro concepto de “conocimiento constructivo”, presentado por otras Cámaras<sup>55</sup>. Así, un autor tiene conocimiento de dicho ataque si es consciente del riesgo de que su conducta es objetivamente parte de un ataque más amplio. En cuanto al conocimiento de los contenidos del ataque, es suficiente con que el autor

---

Prosecutor v. Vasiljevic, Caso No. IT-98-32-A, Appeals Judgment, para. 30 (Feb. 25, 2004); Limaj *et al.* Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 190; Krajisnik Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 706; Prosecutor v. Bisengimana, Caso No. ICTR-00-60-T, Trial Judgment, para. 57 (Apr. 13, 2006); Bemba Gombo Confirmation of Charges, *supra* nota 29, para. 87.

<sup>52</sup> Véase AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 37 y ss.

<sup>53</sup> Prosecutor v. Blaškic, Caso No. IT-95-14-T, Trial Judgment, para. 254 (Mar. 3, 2000), refiriéndose a DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHÉC, Francis. *Le Nouveau Droit Pénal*. 14a. ed. Paris: Economica, 2007, p. 445 (“de la personne qui prend un risque de façon délibérée, tout en espérant que ce risque ne provoque aucun dommage”).

<sup>54</sup> Kunarac, Appeals Judgment, *supra* nota 35, para. 102 citando el Trial Judgment, *infra* nota 64, para. 434; conc. Vasiljevic, Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 37; Prosecutor v. Martić, Caso No. IT-95-11-T, Trial Judgment, para. 49 (Jun. 12, 2007); Prosecutor v. Mrkšić, Caso No. IT-95-13/1-T, Trial Judgment, para. 439 (Sep. 27, 2007). Véase también M. Lukić & S. Lukić Trial Judgment, *supra* nota 42, para. 877.

<sup>55</sup> Prosecutor v. Tadic, Caso No. IT-94-1-T, Trial Judgment, para. 656-59 (May 7, 1997); Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 248 (no hace mención al conocimiento constructivo); Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana Trial Judgment, Caso No. ICTR-95-1-T, para. 133-34 (May 21, 1999); Prosecutor v. Rutaganda, Caso No. ICTR-96-3-T Trial Judgment, para. 71 (Dec. 6, 1999); Kupreskic Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 556-57; Prosecutor v. Musema, Caso No. ICTR-96-13 Trial Judgment, para. 206 (Ene. 27, 2000); Prosecutor v. Ruggiu, Caso No. ICTR-97-32-I Trial Judgment, para. 20 (Jun. 1, 2000); Kordic Trial Judgment, *supra* nota 51, para. 185. Para una discusión crítica de este concepto AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 38-39; AMBOS, Op. cit. nota 32, p. 250; AMBOS, Op. cit. nota 24, § 7 num. 198.

sea consciente de la existencia del ataque, en general, sin poseer un conocimiento detallado de sus particularidades y circunstancias<sup>56</sup>. En otras palabras, el autor debe (solo) conocer los hechos relacionados con el ataque que aumentan la peligrosidad de su conducta frente a las víctimas o que hacen que esta conducta sea una contribución a los crímenes de otros<sup>57</sup>. Este estándar se corresponde con el enfoque basado en riesgos.

El enfoque basado en el riesgo también demuestra su superioridad en los casos en que el autor lleva a cabo uno de los actos subyacentes en un momento en que el ataque solo es inminente o apenas comienza. En tal situación, el conocimiento positivo de un ataque general no se puede tener, ya que el ataque aún no existe. Los Elementos del crimen establecen que en tal situación es suficiente con que el autor pretenda “promover este tipo de ataque”<sup>58</sup> o entienda que “la conducta fuera parte de un ataque”. Los redactores entendieron evidentemente que en tales situaciones, el requisito de conocimiento debe ser reemplazado por el deseo del autor de llevar a cabo los hechos pertinentes. Sin embargo, si bien es cierto que los acontecimientos futuros (en este caso el desarrollo de un acto incipiente a uno plenamente desarrollado) no pueden ser conocidos, sino solo esperados o deseados, se puede tener en cuenta el riesgo de que una determinada conducta conducirá a un resultado determinado<sup>59</sup>. En otras palabras, un participante en un ataque inicial o incipiente no puede saber a ciencia cierta que el ataque se convertirá en un ataque

---

<sup>56</sup> Véase *Kunarac Appeals Judgment*, *supra* nota 35, para. 102; *Prosecutor v. Simba*, Caso No. ICTR-01-76-T Trial Judgment, para. 421 (Dic. 13, 2005); *Confirmation of Charges Katanga & Ngudjolo*, *supra* nota 29, para. 401; *Arrest Warrant Al Bashir*, *supra* nota 29, para. 87. Véase también para. 2 de la introducción a los Elementos del Crimen, *supra* nota 37, (AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 37) sobre CLH: “... no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba que el autor tuvo conocimiento de todas las características del ataque [...]” sobre las negociaciones *Robinson*, *supra* nota 33, p. 72.

<sup>57</sup> AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 41.

<sup>58</sup> Elementos del Crimen, Op. cit. nota 37, introducción a los elementos del art. 7, para. 2. Véase también *ROBINSON*, Op. cit. nota 33, p. 73.

<sup>59</sup> FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung ausser-tatbestandlicher Möglickeitsvorstellungen*. Köln: Carl Heymanns, 1983, p. 341 y ss., (p. 341: “Notwendig ist das Wissen um das der Handlung eignende und (normative) ihre Tatbestandsmäßigkeit begründende Risiko [...]”).



plenamente desarrollado, pero ciertamente puede ser consciente de un riesgo en ese sentido<sup>60</sup>.

**4. Los actos individuales y el elemento de contexto.** La lista de crímenes individuales que forman parte de los CLH se ha incrementado gradualmente. Mientras que el Estatuto del TPIY incluye actos como la deportación, el encarcelamiento, la tortura y la violación, la Comisión de Derecho Internacional dio un paso más e incluyó la discriminación por motivos raciales, étnicos o religiosos, traslado forzoso, desaparición forzada, la prostitución forzada y otras formas de violencia sexual<sup>61</sup>. El art. 7 del Estatuto de la CPI se extiende aún más que dicha lista e incluye delitos sexuales como el embarazo forzado, esterilización o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. De un análisis detallado de estos actos y su elemento mental general (art. 30) ya tuve ocasión de ocuparme en otro lugar<sup>62</sup>. Aquí basta con decir que el art. 7 es un claro avance en comparación con las codificaciones promulgadas hasta ahora, aunque solo sea por el hecho de que proporciona definiciones más o menos precisas en su párrafo 2.

En cuanto a la relación entre los actos individuales y el elemento de contexto, se tiene que partir de la redacción del art. 7. El apartado 1 establece que los actos enumerados deben ser “cometidos *como parte* de un ataque generalizado o sistemático” (énfasis añadido). De esto se desprende, en primer lugar, el requisito material u objetivo según el cual “los delitos deben ser cometidos en el contexto de los crímenes generalizados o sistemáticos...”<sup>63</sup>. Sin embargo, los hechos subyacentes no constituyen necesariamente el ataque en sí<sup>64</sup>, solo

<sup>60</sup> Para el mismo resultado AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 40.

<sup>61</sup> Draft code of crimes against peace and security of mankind. Report of the International Law Commission on Its Forty-eighth Session, U.N. GAOR, 51<sup>st</sup> Sess., Supp. No. 10, p. 9, U.N. Doc. A/51/10 (1996), art. 18.

<sup>62</sup> AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 43 y ss., 46 y ss.; AMBOS, Op. cit. nota 32, p. 251 y ss.; *Ibid.*, *supra* nota 24, § 7 num. 199 y ss.

<sup>63</sup> Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 248, 255; Kordic Trial Judgment, *supra* nota 51, para. 187; Kupreskic Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 556; Confirmation of Charges Bemba Gombo, *supra* nota 29, para. 84. Véase también DIXON (revisado por Hall), Op. cit. nota 29, art. 7 núm. 10; METTRAUX, Op. cit. nota 35, p. 161-2; AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 35-6.

<sup>64</sup> Prosecutor v. Kunarac, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T Trial Judgment, para. 417 (Feb. 22, 2001); Kunarac Appeals Judgment, *supra* nota 35, para. 85; Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 248; Kayishema Trial Judgment, *supra* nota 55, para. 135; Prosecutor v. Bagilishema, Caso No. ICTR-95-1A-T Trial Judgment, para. 82. (Jun. 7, 2001).

tienen que “formar parte de un ataque”<sup>65</sup> o tener lugar en el contexto de “un ataque”<sup>66</sup>. Este es un criterio relevante para determinar si el nexo requerido que existe es característica, objetivo, la naturaleza o la consecuencia del acto<sup>67</sup>. En segundo lugar, como consecuencia del elemento de conocimiento (subjetivo) que acabamos de mencionar, “el acusado debía haber *conocido* que sus actos, ‘encajaban en ese patrón’”<sup>68</sup>. Si uno sigue el convincente enfoque basado en riesgos, es suficiente con que el autor sea consciente del riesgo de actuar en el contexto de un ataque. Además, como el “ataque” implica siempre un elemento de política, como ya se ha indicado anteriormente, el autor también debe tener en cuenta, por lo menos, el riesgo de actuar de conformidad con esta política, pero sin saber todos los detalles de la misma<sup>69</sup>.

Una definición más precisa de la relación necesaria entre los actos individuales y el contexto se puede derivar de la *razón subyacente* de los CLH. Si se trata, como ya se ha dicho, de la protección contra los peligros particulares de la comisión múltiple o repetida de delitos, el apoyo activo o al menos tolerado por las autoridades (de facto), entonces dicha política de apoyo o tolerancia, —es decir, el contexto de un ataque general— aumenta el efecto destructivo del acto individual y el riesgo o peligro para la víctima. Compárese, por ejemplo, el caso de un asesinato ordinario en el curso de un robo y el asesinato de un oponente político. En el primer caso, no hay apoyo oficial o la tolerancia de la muerte. En el último caso, este amplio apoyo o tolerancia aumenta el riesgo de la víctima potencial, escuda a los responsables de la persecución y podría transformar el asesinato común en un CLH. Por lo tanto, una prueba adecuada para establecer si un determinado acto fue parte del ataque y, por lo

<sup>65</sup> Kunarac Trial Judgment, *supra* nota 64, para. 417; véase también Kayishema Trial Judgment, *supra* nota 55, para. 135.

<sup>66</sup> Kunarac Trial Judgment, *supra* nota 64, para. 419.

<sup>67</sup> Confirmation of Charges Bemba Gombo, Op. cit. Nota 29, para. 86.

<sup>68</sup> Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 248, 255; Kordic Trial Judgment, *supra* nota 51, para. 187; Kupreskic Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 556. Sobre este elemento mental véase también el reciente artículo de CERONE, Op. cit. nota 1, p. 200 (sin embargo, sin distinguir claramente entre el elemento mental general y el requisito de conocimiento especial).

<sup>69</sup> Véase también para. 2 de la introducción a los Elementos del Crimen, *supra* nota 37, sobre CLH: “... no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de... los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización;” sobre las negociaciones ROBINSON, Op. cit. nota 33, p. 73. Véase también AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 42.

tanto, si es equivalente a un CLH, consiste en preguntarse si el acto hubiera producido un efecto menos destructivo y peligroso para la víctima si no hubiera tenido lugar dentro del marco de un ataque y de conformidad con la política<sup>70</sup>.

**5. La renuncia al nexo del conflicto armado y el motivo discriminatorio.** Si bien el art. 7 mantiene el elemento de la población civil y, por lo tanto, no llega a una emancipación (completa) del DIH, desiste del requisito que exige un nexo con un conflicto armado. Este requisito se remonta a los precedentes de Núremberg y da a los CLH –más allá de la protección a la que se hicieron los redactores del mismo frente a su propio proceso judicial<sup>71</sup>– la legitimidad que de otra manera no podrían haber tenido en ese momento<sup>72</sup>. En el Derecho Penal internacional actual, sin embargo, este requisito está revaluado y fuera de lugar, como acertadamente se consideró en la cámara de apelaciones del proceso *Tadic*, a pesar de su inclusión en el art. 5 Estatuto del TPIY, en los primeros días del TPIY<sup>73</sup>.

El art. 7 Estatuto de la CPI, al contrario del art. 3 Estatuto del TPIR, ya no requiere una intención o motivo especial de discriminación, es decir, que el acto haya sido cometido a nivel nacional, por motivos políticos, étnicos, raciales o religiosos. Aparte de la confusión entre la intención y el motivo<sup>74</sup>, es claro, desde la aplicación en el juicio

<sup>70</sup> AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 36; conc.: PARENTI, Pablo. Los Crímenes Contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional. En: PARENTI, Pablo et al. (Eds.). Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007 p. 59-60. Véase para ejemplos donde este no es el caso: METTRAUX, Op. cit. nota 35, p. 251, 252.

<sup>71</sup> Véase SCHABAS, Op. cit. nota 26, p. 349, refiriéndose a la declaración de Robert Jackson en la conferencia de Londres.

<sup>72</sup> Para la historia y justificación de este requisito, véase AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 3 y ss.

<sup>73</sup> Prosecutor v. Tadic, Caso No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, para. 140 (Oct. 2, 1995) (en adelante *Tadic Jurisdiction Decision*), (“no hay ninguna base lógica o legal para [un nexo de guerra] y ha sido abandonada en la práctica posterior de los Estados con respecto a los crímenes de lesa humanidad), para. 141 (“una norma establecida del derecho consuetudinario internacional que los crímenes contra la humanidad no requieren una conexión con un conflicto armado internacional. En efecto [...] el derecho internacional consuetudinario no puede requerir una conexión entre los crímenes de lesa humanidad y cualquier otro conflicto...”).

<sup>74</sup> Intención y motivo deben ser distinguidos. El principio de culpabilidad exige que el autor actúe con un cierto estado de ánimo, normalmente con intención;

Tadić, que tal intención discriminatoria solo es necesaria para la persecución como un CLH<sup>75</sup>. Esto es, confirmado por la redacción del artículo 7 (1) (h) Estatuto de la CPI que se refiere a ciertos (aunque de hecho ilimitados)<sup>76</sup> motivos como base para la conducta<sup>77</sup>.

### III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, EL ART. 7 ESTATUTO DE LA CPI Y UNA CONVENCIÓN ESPECIAL

A. *La propuesta del art. 3 en comparación con el art. 7. Estatuto de la CPI.* Si bien el proyecto original del art. 2 propone una desviación sustancial de la definición de CLH dada en el art. 7 Estatuto de la CPI<sup>78</sup>, el actual proyecto de art. 3 (septiembre de 2009) se ajusta esencialmente a la definición “oficial”. Por lo tanto, por un lado, mi crítica ante-

sus posibles motivos (la razón de su acción) son irrelevantes a este respecto. La distinción, entre tanto, también ha sido reconocida por el App. Chambers of ICTY y ICTR (véase Tadić Appeals Judgment, *supra* nota 51, paras. 270, 272; Prosecutor v. Jelisić, Caso No. IT-95-10-A, Appeals Judgment, para. 49 [Jul. 5, 2001]; Prosecutor v. Niyitegeka, Caso No. ICTR-96-14-A, Appeals Judgment, para. 52 [Jul. 9, 2004]; Prosecutor v. Kvočka *et al.*, Caso No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgment, para. 106 [Febr. 26, 2005]; Prosecutor v. Limaj *et al.*, Caso No. IT-03-66-A, Appeals Judgment, para. 109 [Sept. 17, 2007]; véase también METTRAUX, Op. cit. nota 35, p. 211; ZAHAR/SLUITER, Op. cit. nota 47, p. 180; GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. El Exterminio de Grupos Políticos en el Derecho Penal Internacional: genocidio y crímenes contra la humanidad. *En*: Revista de Derecho y Proceso Penal No. 4, 2000, p. 147, 151; AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 45.

<sup>75</sup> Tadić Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 284, 288 y ss. para una discusión véase AMBOS/WIRTH, Op. cit. nota 24, p. 44.

<sup>76</sup> Esta no es una lista cerrada ya que los motivos sólo deben ser “universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.” Esta formulación amplia la hace LUBAN, Op. cit. nota 9, p. 107, para argüir que el requisito de la intención discriminatoria se ha puesto “en paridad con el requisito de población” (que también se interpreta en términos generales, *supra* nota 46).

<sup>77</sup> Cfr. AMBOS, Op. cit. Nota 32, p. 259.

<sup>78</sup> El art. 2 del proyecto original, en comparación con el preámbulo del art. 7 Estatuto de la CPI, agregó el término “intencionalmente” entre el “compromiso” y “como parte...”, y terminó el preámbulo (después de “población civil”) con el siguiente texto: “... o con conocimiento por parte de agentes del Estado o de una organización estatal, o por miembros de un grupo de actores no estatales que participan en un conflicto de carácter internacional o no internacional...” (Traducción de John E. Zuluaga).

\* N del T: El texto final del *Proyecto de Convención internacional para la Prevención y Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad*, es virtualmente idéntico al borrador de septiembre referido por el autor respecto al texto del art. 3 (definición del crimen). Véase la propuesta de convención en [http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page\\_id=1553](http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1553) (visto por última vez el 02.04.2012).

rior sigue siendo válida en tanto dirigida contra la redacción del art. 7 Estatuto de la CPI; por otro lado, sin embargo, llama la atención que los redactores del *Proyecto de Convención*, con un planteamiento demasiado conservador, renunciaran a ciertas aclaraciones que habían logrado con su definición original:

a) En cuanto al requisito relativo a la *población civil*, que se mantiene en el *Proyecto de Convención*, sería más convincente eliminar este nuevo requisito, en razón de la justificación dada a los CLH como se explicó anteriormente (I). Conservarlo sería particularmente confuso a la luz de la propuesta del *Proyecto de Convención*, esto es, para complementar el régimen de la CPI. ¿Por qué los redactores quieren mantener una restricción tan seria de la definición del delito tradicional, en lugar de hacer uso de la oportunidad para ampliar los CLH mediante la abolición de esta controvertida restricción?

b) Es de saludar que los redactores hayan eliminado la alusión original a “un conflicto de carácter internacional o no internacional...”<sup>79</sup>, pues con esta referencia se corría el riesgo de la reintroducción del *requisito del conflicto (armado)*. Es cierto que la parte respectiva fue abierta a por lo menos dos interpretaciones, las cuales, sin embargo, llegan a ser contradictorias. Una lectura conservadora diría que la parte “conflicto de...” se refiere a los actores estatales y no estatales mencionados y, por lo tanto, vuelve a introducir el tradicional requisito del conflicto. Una interpretación moderna, en línea con la renuncia a esta exigencia, sería aquella que limita la referencia sobre el conflicto a los actores no estatales, es decir, que serviría para otorgarles a estos actores un cierto peso. Esta interpretación fue confirmada por el párrafo 2 (a) del viejo art. 2 en el que se dejó claro que los CLH pueden ser cometidos “en tiempos de guerra o paz.” En cualquier caso, es una decisión sabia y evita la confusión con las referencias a un conflicto (armado) que en el párr. (1) del art. 3 han sido suprimidas.

c) También es de saludar que el nuevo art. 3 elimine los términos “intencionalmente” o “a sabiendas” en el encabezado<sup>80</sup>. Al parecer, el propósito de esta referencia era definir el *requisito general mens rea* de los hechos subyacentes. Sin embargo, era superfluo en tanto el elemento de intencionalidad en general estaba previsto en el art. 3-1 última cláusula y en el art. 4-2 (“a sabiendas o intencionalmente”) del proyecto original (que ya no figura en el Proyecto de septiembre

<sup>79</sup> Véase *supra* nota 78.

<sup>80</sup> Véase para el proyecto original, el Artículo 2, Op. cit. nota 78.

o posteriores enmiendas a la convención), de una manera idéntica al art. 30 (1) Estatuto de la CPI. Además, el uso de la palabra “intencional” supuso otro problema en cuanto a su significado concreto. Los redactores, aparentemente, entendieron ello en un sentido volitivo. Si bien esto se corresponde con el significado básico del término, no debe pasarse por alto que, en el derecho consuetudinario tradicional, intento o intención han sido siempre entendidos tanto en un sentido volitivo como cognitivo<sup>81</sup>. En el Derecho inglés moderno todavía se incluye en la definición de intención, aparte de propósito, “la previsión de certeza”, es decir, solo el significado central de intento o intención está reservado al deseo, propósito, etc.<sup>82</sup>. Además, en el Código Penal Modelo de EE. UU., que sirvió de referencia en muchos aspectos para el Estatuto de la CPI, la distinción entre “propósito” y “conocimiento” (artículo 2.02 (a)) parte por definir la primera en un sentido cognitivo al referirse al “propósito consciente” del autor con respecto al comportamiento y el resultado<sup>83</sup>. Por último, pero no menos importante, el art. 30 del Estatuto de la CPI reconoce un aspecto cognitivo de la intención cuando se la define en

<sup>81</sup> Véase WILLIAMS, Glanville. *The Mental Element in Crime*, Magnes Press Hebrew University, 1965, p. 20 (“La intención es un estado mental que consiste en el conocimiento de las circunstancias necesarias, más el deseo de que cualquier resultado requerido se ajustará a partir de la propia conducta, o de la previsión de que el resultado sin duda seguirá.” Traducción de John E. Zuluaga). Véase también FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978 (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 440, siguiendo la tradición doctrinal utilitarista de John Austin del siglo XIX.

<sup>82</sup> ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 6a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 170 y ss. (171); SIMESTER, Andrew P. /SULLIVAN, G. Robert. *Criminal law: Theory and Doctrine*. 3a. ed. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 120 y ss. (121). Véase también R. V. Woollin donde la Cámara de los Lores, en relación con una acusación de asesinato, definió la intención referida a la “certeza virtual” en cuanto a las consecuencias de las acciones del demandado (R. v Woollin [1999] 1 Cr App R 8, UKHL, p. 20-21: “... the jury should be directed that they are not entitled to find the necessary intention unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant’s actions ...”). Véase también secc. 12 of the Judicial Studies Board, *Specimen Directions*, disponible en: [www.jsboard.co.uk/criminal\\_law/cbb/index.htm](http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/index.htm) (última visita 02.04.2012).

<sup>83</sup> En la respectiva parte de la secc. 2.02 (a) se dice: “Una persona actúa intencionalmente con respecto a un elemento material de un delito cuando... si el elemento implica la naturaleza de su conducta o un resultado de ello, es consciente de su propósito de participar en una conducta de esa naturaleza o causar tal resultado...” (Traducción de John E. Zuluaga). Véase también FLETCHER, Op. cit. nota 81, p. 440 y ss.

el párrafo 2 (b) como ser consciente (en relación con una consecuencia) “de que eso ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos.” Todas estas cuestiones ya no son relevantes con miras al nuevo proyecto de septiembre, pero es sorprendente que los redactores hayan renunciado totalmente a una definición (general) del elemento de intencionalidad requerido para los CLH.

d) El proyecto de septiembre, basándose en el art. 7 del Estatuto de la CPI, también contiene el *requisito de conocimientos especiales* en relación con el ataque general. No estaba claro si la omisión de este requisito en el proyecto original fue deliberada o basada en un malentendido del significado de ese elemento particular, en comparación con el elemento de intencionalidad en general. En cualquier caso, la ausencia de este requisito serviría al vínculo entre los actos individuales y el ataque general o política. Por lo tanto, es correcto que los redactores hayan reintroducido el mismo.

e) El *Proyecto de Convención* ya no contiene la aclaración de que los hechos puedan ser cometidos por *actores estatales y no estatales*<sup>84</sup>. Si bien esta aclaración no es estrictamente necesaria, ya que el párrafo 1 del Proyecto original hace referencia explícitamente a los actores no estatales y la referencia a una “organización” política también debe interpretarse en este sentido, es ciertamente útil especialmente a la luz de la continua resistencia de ciertos actores no estatales para cumplir con el DPI. Además, el párr. 2 (a) del proyecto original omite el calificativo de “múltiples” ante la comisión y, por lo tanto, reduce el *elemento cuantitativo* en los CLH (“generalizado”) a un solo acto. Esto ha sido eliminado correctamente, ya que implica una expansión de la definición del delito que, aunque se toca por razones políticas, es incompatible con el requisito “generalizado” de los CLH. Es lamentable, sin embargo, que el nuevo proyecto elimine la definición de “política de una organización” en el párr. 2 (b) del proyecto original, ya que proporciona una clarificación muy útil para un término muy controvertido.

En suma, a pesar de que la adopción en el *Proyecto de Convención* de la definición de la CPI es, sin duda, bienvenida en la medida que elimina los cambios innecesarios y confusos del proyecto original, se pierde la oportunidad de mejorar y aclarar la definición de los CLH, con miras a su razón de ser como se explicó más arriba (*supra* Parte

<sup>84</sup> Véase el artículo 2.2 (a) Proyecto original definiendo “ataque” como una “línea de conducta... ya sea por un actor estatal o no estatal”.

I). Es especialmente lamentable que los redactores, al parecer de un talante muy conservador y diplomático, no hayan tenido problema con el requisito de población civil. De esta manera, como resultado, la definición del delito propuesta, esencialmente repitiendo el art. 7 Estatuto de la CPI, no ofrece una protección más amplia que el régimen jurídico de la CPI.

**B. El rol limitado de la Corte Penal Internacional en la prevención y represión de los Crímenes de Lesa Humanidad.** Aparte de la mera limitación normativa debido a la restringida definición de delito, como acabamos de discutir, hay algunas otras limitaciones que pueden hablar en favor de una Convención especial. La primera y más obvia es que la CPI tiene una *jurisdicción* que se limita básicamente al territorio y los nacionales de sus Estados Partes (art. 12 (2)), salvo que haya una aceptación *ad hoc* de la jurisdicción con arreglo al art. 12 (3) o una remisión del Consejo de Seguridad de la ONU (art. 13 (b)). El *Proyecto de Convención*, al igual que cualquier otra convención especializada sobre crímenes internacionales, ofrece a los Estados la posibilidad de comprometerse en la lucha contra los CLH sin tener que aceptar, al mismo tiempo, la jurisdicción de la CPI (véase el art. 7 Proyecto de Convención). Por otro lado, la aprobación podría ser el primer paso hacia la ratificación del Estatuto de la CPI.

Otra limitación se deriva del principio de *complementariedad y subsidiariedad* de la CPI hacia las jurisdicciones nacionales. Se provee a los Estados con una potente herramienta para impedir el ejercicio de la competencia de la CPI, siempre y cuando estén dispuestos y sean capaces de enjuiciar CLH por sí mismos. La presión implícita en las jurisdicciones nacionales podría aumentar por una Convención especial, ya que crearía una obligación normativa adicional cuya fuerza podría aumentar con el tiempo. En última instancia, una convención podría servir, de manera similar a la Convención sobre el Genocidio, a proyectar una más intensa y mejor intervención de la comunidad internacional en los casos de CLH<sup>85</sup>. Además, el régimen de complementariedad exige expresamente “la gravedad suficiente” para que un caso sea admisible ante la CPI (artículo 17 (4); véase también el artículo 53 (1) (b) y (2) (b).). Este umbral de espe-

---

<sup>85</sup> Para la discusión relativa a la “responsabilidad de proteger” véase SCHEFFER, David. Crimes against Humanity and the responsibility to protect. En: SADAT, Leila Nadya (Ed.). Forging a Convention for Crimes Against Humanity. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 305.



cial gravedad se establece como un umbral *adicional*, es decir, opera independientemente de la gravedad de los crímenes de la CPI como tales<sup>86</sup>. Como resultado, pueden haber CLH que no pasan la prueba de la gravedad del art. 17 (4), pero que serían cubiertos por el Proyecto de Convención.

Por último, pero no menos importante, es que a estas alturas debería estar claro que la CPI no tiene la capacidad para procesar todos los CLH, tal vez ni siquiera los suficientemente graves en el sentido del art. 17 (4)<sup>87</sup>. De hecho, hasta ahora, la CPI ha iniciado en solo tres situaciones (República Democrática del Congo, Uganda y Sudán), con respecto a los nueve acusados, investigaciones formales (art. 53) que se ocupan de CLH. En muchas otras situaciones, donde la ejecución de CLH es de conocimiento general y la CPI tiene jurisdicción, no se han iniciado investigaciones formales. Uno de los ejemplos más dramáticos es quizás el caso de Colombia, donde la jurisdicción de la Corte existe desde el 1 de noviembre de 2002 (art. 126 (2), fecha de la ratificación: 5 de agosto, 2002). Por lo tanto, es evidente que una prevención eficaz y el enjuiciamiento de los CLH no es posible sin la contribución activa y la ejecución de las jurisdicciones nacionales.

*C. Efecto disuasivo y el Derecho Penal Internacional.* Es evidente que el argumento a favor de un nuevo convenio sobre CLH se basa en la premisa de que la mera existencia de las normas de Derecho Penal (internacional) tiene un efecto disuasorio. En efecto, los proponentes de la Convención Especial mostraron una gran confianza en la capacidad de disuasión de las normas de Derecho Penal (internacional). Para ellos, la ausencia de una convención especializada deja

---

<sup>86</sup> Cfr. Prosecutor v. Lubanga, Doc. No. ICC-01/04-01/06, decisión concerniente de la sala de cuestiones preliminares, decisión del 10 Feb., 2006 y la incorporación de documentos dentro del registro del Caso contra Mr. Thomas Lubanga Dyilo, para. 41 (Feb. 24, 2006): "(...) este umbral de gravedad es en adición a (...) los crímenes incluidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto (...)". Para una discusión y otras referencias, véase EL ZEIDY, Mohamed M. The Principle of Complementary in the International Criminal Law: Origin, Development and Practice. Leide-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 36 y ss. y AMBOS, Kai. The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. En: AMBOS, Kai et al. (Eds.). Building a future on peace and justice. Berlin/Heidelberg, Springer Verlag, 2009, p. 19, 73-74.

<sup>87</sup> Véase sobre las limitaciones también AMBOS, Kai. Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik. En: KALECK, Wolfgang et al. (Eds.). International Prosecution of Human Rights Crimes. Berlin: Springer, 2006, p. 55.

a millones de víctimas “fuera de la protección del Derecho Penal internacional” y “más allá de todo el alcance del Derecho Penal internacional”<sup>88</sup>. A la luz de estas afirmaciones apodícticas, se permiten algunas preguntas críticas: ¿la mera formulación y adopción de otra Convención cambiará la situación de las víctimas potenciales de los CLH? ¿Tienen este tipo de convenciones y normas un efecto disuasorio sobre los posibles autores de CLH? ¿Se tiene alguna información fiable sobre un posible efecto disuasivo de la CPI?

Los efectos de disuasión de la ley penal tienen que ser evaluados en el contexto general de los posibles efectos preventivos de dicha ley. Las formas de disuasión, en este contexto, parten de las teorías de la prevención general negativa y, como tal, tienen tres dimensiones que se refieren a las condiciones de una determinada sociedad para prevenir los delitos, las circunstancias individuales de prevención con referencia al autor y las víctimas y, por último pero no menos importante, la prevención de los delincuentes reincidentes<sup>89</sup>. La investigación empírica sobre la disuasión ha sido objeto de la teoría del Derecho Penal y, más recientemente, la investigación criminológica durante siglos y décadas. Sin embargo, los resultados de esta investigación solo tienen un valor limitado, ya que la conducta humana está influenciada por diversos factores psicológicos y sociales que hacen difícil, si no imposible, tener en cuenta el comportamiento respetuoso de la ley como consecuencia del efecto disuasorio de la norma penal. De hecho, sabemos muy poco sobre los efectos disuasivos de la legislación penal y los resultados de la investigación son contradictorios<sup>90</sup>. Lo único que sabemos con relativa certeza es que

---

<sup>88</sup> Documento de antecedentes del 31 de julio 2008, circuló antes de la iniciativa sobre CLH del encuentro de expertos de abril, April 12-15, 2009, St. Louis, MO.

<sup>89</sup> KREUZER, Arthur. Prävention durch Repression. *En*: SCHÖCH, Heinz/JEHLE, Jörg-Marin (Eds.). *Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit: Haftvermeidung, Kriminalprävention, Persönlichkeitsstörungen, restorative Justice*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2004, p. 205 y ss.

<sup>90</sup> DÖLLING, Diter/HERMANN, Dieter. *Befragungsstudien zur negativen Generalprävention: Eine Bestandsaufnahme*. *En*: ALBRECHT, Hans-Jörg/ENTORF, Horst (Eds.). *Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat*. Heidelberg: Physica Verlag, 2003, p. 133, 162; KREUZER, Op. cit. nota 89, p. 207 y ss., en un meta-análisis de 28 estudios sobre disuasión (véase EISELE, Hermann. *Die general- und spezialpräventive Wirkung strafrechtlicher Sanktionen. Methoden, Ergebnisse, Metaanalyse*. Heidelberg: Ph.D. dissertation, University of Heidelberg, 1999), muestra que nueve de los estudios confirman los efectos disuasivos, nueve niegan tales efectos y 10 presentan diferentes respuestas.

el factor disuasivo más importante es la existencia (más o menos) de un sistema de justicia penal<sup>91</sup> que implica el riesgo de detención y enjuiciamiento<sup>92</sup>. Si bien la gravedad de una sanción (período y la naturaleza de la pena) es menor, pero en todo caso relevante<sup>93</sup>, la probabilidad de castigo es de crucial importancia<sup>94</sup>.

Aunque es claro que estas consideraciones generales se aplican también al DPI y sus tribunales, hay algunos factores adicionales que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, la existencia de tribunales penales internacionales –como un mecanismo de aplicación directa del DPI– sigue siendo un fenómeno bastante reciente y los resultados sostenibles de disuasión solo se pueden ver en el mediano o largo plazo<sup>95</sup>. En cualquier caso, la mayoría de los autores creen, a pesar de la ausencia de datos empíricos<sup>96</sup>, en un (aunque limitado) efecto disuasorio del DPI y los tribunales penales internacionales bajo la condición de que sus decisiones sean pronta y consecuentemente cumplidas y que las excepciones de enjuiciamiento y castigo,

---

<sup>91</sup> STRENG, Franz. *Strafrechtliche Sanktion*. 2a. ed. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2002, p. 31.

<sup>92</sup> VON HIRSCH, Andrew *et al.* *Criminal deterrence and sentence severity an analysis of recent research*. Cambridge UK: Hart Publishing, 1999, p. 1; KREUZER, Op. cit. nota 89, p. 216; véase también DRUMBL, Mark. *A Hard Look at the Soft Theory of International Criminal Law*, En: SADAT/SCHARF, Op. cit. nota 25, p. 1, 14 (“likelihood of getting caught”).

<sup>93</sup> VON HIRSCH *et al.*, Op. cit. Nota 92, p. 40 y ss., 47; MEIER, Bernd-Dieter. *Kriminologie*. München: C. H. Beck, 2003, p. 262; KREUZER, Op. cit. Nota 89, p. 216-17.

<sup>94</sup> ANTONY, Jürgen/ENTORF, Horst. *Zur Gültigkeit der Abschreckung im Sinne der ökonomischen Theorie der Kriminalität: Grundzüge einer Meta-Studie*. En: ALBRECHT, Hans-Jörg/ENTORF, Horst (Eds.). *Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat*. Heidelberg: Physica Verlag, 2003, p. 167, 170.

<sup>95</sup> Sobre los efectos de corto término, véase críticamente: JÄGER, Herbert. *Hört das Kriminalitätskonzept vor der Makrokriminalität auf? – Offene Fragen und Denksätze*. En: NEUBACHER, Frank/KLEIN, Anne (Eds.). *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts – Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichtsbarkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 45, 57.

<sup>96</sup> KU, Julian G./NZELIBE, Jide. *Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities?* En: Wash. U. L. Rev. 84, 2006, p. 777, 790; KOLLER, David. *The Faith of International Criminal Lawyer*. En: N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 40, 2008, p. 1019, 1029; AKHAVAN, Payam. *Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent future Atrocities?* En: *AJIL* 95, 2001, p. 7, 9; SADAT, Leila. *Exile, Amnesty and International Law*. En: *Notre Dame L. L. Rev.* 81, 2006, p. 955, 998.

por ejemplo, en el curso de los procesos de paz nacionales, estén excluidas<sup>97</sup>. Esta opinión está respaldada por la jurisprudencia pre-

<sup>97</sup> HAZAN, Pierre. Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: A Framework for Evaluating Transitional Justice, En: ICRC Int'l Rev. 88, 2006, p. 19, 35, encuentra que "partes en conflicto toman en cuenta el riesgo de ser procesados", pero el "efecto disuasorio pronto disminuye, sin acusaciones formales y arrestos rápidos". A su vez, WHITNEY BURKE-WHITE, William. Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of Congo. En: LJIL 18, 2005, p. 559, 58, afirma que la investigación de la CPI proporciona un efecto disuasorio sobre los líderes rebeldes en la República Democrática del Congo; de manera similar, SEILS, Paul/WIERDA, Marieke, The International Criminal Court and Conflict Mediation. New York: International Center for Transitional Justice, 2005. En: [www.ictj.org/en/news/pubs/index.html](http://www.ictj.org/en/news/pubs/index.html) (última visita 10 Sep. 2009), p. 19 y UNGER, Thomas/WIERDA, Marieke. Pursuing Justice in Ongoing Conflict: a Discussion of Current Practice. En: AMBOS *et al.*, Op. cit. nota 86, p. 269, nota a pie 15, explican que la CPI tiene un efecto disuasorio por la probabilidad de "que habrá consecuencias" así como sucede en el Derecho Penal nacional. Según GOLDSTONE, Richard. Historical Evolution – From Nuremberg to the International Criminal Court. En: Penn St. Int'l L. Rev. 25, 2007, p. 763, 767-768, la supervisión del TPIY de las acciones militares ha contribuido al hecho de que sólo un número relativamente pequeño de personas civiles fueran alcanzadas por bombas de la OTAN, durante el conflicto de Kosovo. Generalmente, a favor de un efecto disuasorio, también KLABBERS, Jan. Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law. En: Finnish Y.B. Int'L 12, 2001, p. 249 y ss.; NTANDA NSEREKO, Daniel. The Role of the International Criminal Tribunals in the Promotion of Peace and Justice: the Caso of the ICC. En: CLF 19, 2008, p. 373, 376-77, 392. Según CRYER *et al.*, Op. cit. nota 35, p. 30, "la disuasión es improbable de que sea posible si los posibles infractores tienen la opinión de que pueden ser capaces de obtener la exención de persecución penal"; para BLEWITT, Graham T. The Importance of a Retributive Approach to Justice. En: BLUMENTHAL. David A./MCCORMACK, Timothy (Eds.). The legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalized Vengeance, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 39, 45 y ss. admite, que "la mera existencia de los tribunales (...), nunca va a traer un fin completo a las atrocidades generalizadas", pero todavía cree que los tribunales actúan como elemento disuasorio y previenen la comisión de un delito. SADAT, Op. cit. nota 96, p. 998-99, ve también "mérito de disuasión" en "esfuerzos esporádicos del DIH", pero también afirma "que el sistema de justicia penal internacional no ha alcanzado aún la etapa en la que su valor disuasorio pueda ser asumido completamente". Recientemente, OHLIN, Jens David. Peace, Security, and Prosecutorial Discretion. En: STAHN, Carsten/SLUITER, Göran (Eds.). The Emerging Practice of the ICC. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 185, 202 y ss., ve a la disuasión como justificación consecuencialista del Derecho Penal internacional. De otra parte, GRONO, Nick/O'BRIEN, Adam. Justice in conflict? The ICC and Peace Processes. En:

dominante de los Tribunales ad hoc que, por lo general, identifican la disuasión como un importante, si no el principal, objetivo de una sentencia en el Derecho Penal internacional<sup>98</sup>. Por lo tanto, claramente,

WADDELL, Nicholas/CLARK, Phil (Eds.). *Courting conflict? Justice, peace and the ICC in Africa*. London: Royal African Society, 2008, p. 13, 17, enfatiza los efectos negativos de la fuerza de disuasión, es decir, que los funcionarios del gobierno “se aferran al poder a toda costa”. A su vez, MANI, Rama. *Reparation as a Component of Transitional Justice: Pursuing ‘Reparative Justice’ in the Aftermath of Violent Conflict*. En: DE FEYTER, Koen et al. (Eds.). *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights violations*. Oxford: Intersentia, 2005, p. 53, 76, argumenta que las reparaciones tienen un efecto disuasorio mayor que las sanciones penales. Véase también el argumento de que no perseguir mermaría la eficacia de la disuasión: CROCKER, David A. *Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation*. En: *Buff. Crim. L. Rev.* 5, 2002, p. 509, 536–37; ROBINSON, Darryl. *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, *EJIL* 14, 2003, p. 481, 489; UPRIMNY, Rodrigo/SAFFON, María Paula. *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: RETTBERG, Angelika (Ed.). *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Bogotá: Univ. de los Andes, 2005, p. 211, 225–26; OLSON, Laura M. *Provoking the Dragon on the Patio. Matters of Transitional Justice: Penal Repression vs. Amnesties*. En: *ICRC Int’l Rev.* 88, 2006, p. 275, 291. Críticamente en relación con este argumento: MALAMUD-GOTI, Jaime. *Transitional Government in the Breach: Why Punish State Criminals?* En: KRITZ, Neil J. (Ed.). *Transitional Justice, Vol. 1. General Considerations*. Washington DC: United States Institute of Peace Press, 1995, p. 189, 196; MÉNDEZ, Juan E. *National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court*. En: *Ethics Int’l Affairs* 15, 2001, p. 25, 30–1 (2001). Para ZOLO, Danilo. *Peace through Criminal Law?* En: *JICJ* 2, 2004, p. 727, 732 hay “poco o nada de poder disuasorio”. Para una visión crítica similar respecto al TPIY, véase PENROSE, Mary. *Lest We Fail: The Importance of Enforcement in International Criminal Law*. En: *Am. U. Int’l L. Rev.* 15, 2000, p. 321, 325; SMIDT, Michael. *The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence?* En: *Mil. L. Rev.* 167, 2001, p. 156, 188; TOLMEIN, Oliver. *Strafrecht als Instrument zur Schaffung von Frieden: Das Beispiel des ICTY*. En: HASSE, Jana et al. (Eds.), *Humanitäres Völkerrecht. Politische, rechtliche und geschichtliche Dimensionen*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 493, 507; MÖLLER, Christina. *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*. Münster: LIT-Verlag, 2003, p. 501; DRUMBL, Op. cit. nota 92, p. 14-15 (haciendo hincapié en una “suposición no demostrada de la racionalidad del autor en el contexto de la violencia de masas” y la aplicación selectiva del DPI); para una evaluación muy positiva del TPIY y TPIR, véase AKHAVAN, Op. cit. nota 97, argumentando que este tribunal tiene “elevada responsabilidad” (p. 9) y tiene “éxito relativo” (p. 31), de modo que incluso “los cínicos intransigentes” ya no pueden “negar los efectos preventivos de enjuiciar a gobernantes asesinos” (p. 30).

<sup>98</sup> Prosecutor v. Delalić, Caso No. IT-96-21-A, Appeals Judgment, para. 800 (Feb. 20, 2001); Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Caso No. IT-95-14/2-A, Appeals

Judgment, para. 1076 (Dic. 17, 2004); Prosecutor v. Krajišnik, Caso No. IT-00-39-A, Appeals Judgment, para. 775 (Mar. 17, 2009); Prosecutor v. Mrkšić & Šljivančanin, Caso No. IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 415 (May 5, 2009); Prosecutor v. Delalić, Caso No. IT-96-21-T, Trial Judgment, para. 1234 (Nov. 16, 1998); Prosecutor v. Furundžija, Caso No. IT-95-17/1-T, Trial Judgment, para. 288 (Dic. 10, 1998); Prosecutor v. Tadić, Caso No. IT-94-1-Tbis-R117, Trial Judgment, para. 9 (Nov. 11, 1999); Prosecutor v. Jelisić, Caso No. IT-95-10-T, Trial Judgment, para. 116 (Dic. 14, 1999); Kupreškić Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 848; Blaškić Trial Judgment, Op. cit. nota 53, para. 761; Kordić & Čerkez Trial Judgment, Op. cit. nota 5, para. 847; Prosecutor v. Todorović, Caso No. IT-95-9/1-S, Trial Judgment, para. 30 (Jul. 31, 2001); Vasiljević Trial Judgment, Op. cit. nota 35, para. 273; Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Caso No. IT-98-34-T, Trial Judgment, para. 739 (Mar. 31, 2003); Prosecutor v. Simić, Caso No. IT-95-9-T, Trial Judgment, para. 1059 (Oct. 17, 2003); Prosecutor v. Nikolic, Caso No. IT-02-60/1-S, Trial Judgment, para. 88 y ss. (Dic. 2, 2003); Prosecutor v. Galić, Caso No. IT-98-29-T, Trial Judgment, para. 757 (Dic. 5, 2003); Prosecutor v. Brdjanin, Caso No. IT-99-36-T, Trial Judgment, para. 190-91 (Sep 1, 2004); Prosecutor v. Strugar, Caso No. IT-01-42-T, Trial Judgment, para. 458 (Ene. 31, 2005); Limaj *et al.* Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 723; Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura, Caso No. IT-01-47-T, Trial Judgment, para. 2072 (Mar. 15, 2006); Prosecutor v. Zelenović, Caso No. IT-96-23/2-S, Trial Judgment, para. 33 (Abr. 4, 2007); Martić, Trial Judgment, *supra* nota 54, para. 484; Mrkšić Trial Judgment, *supra* nota 54, para. 683; Prosecutor v. Haradinaj, Caso No. IT-04-84-T, Trial Judgment, para. 484 (Abr. 3, 2008); Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski, Caso No. IT-04-82-T, Trial Judgment, para. 587 (Jul. 10, 2008); Milutinović *et al.* Trial Judgment, *supra* nota 29, para. 1144; M. Lukić & S. Lukić Trial Judgment, Op. cit. nota 42, para. 1049; Rutaganda Trial Judgment, Op. cit. nota 55, para. 456; Musema Trial Judgment, Op. cit. nota 55, para. 986; Prosecutor v. Kajelijeli, Caso No. ICTR-98-44A-T, Trial Judgment, para. 945 (Dic. 1, 2003); Prosecutor v. Ntakirutimana, Caso No. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, Trial Judgment, para. 882 (Feb. 21, 2003); Prosecutor v. Niyitegeka, Caso No. ICTR-96-14-T, Trial Judgment, para. 484 (Mayo, 16 2003); Prosecutor v. Kamuhanda, Caso No. ICTR-95-54A-T, Trial Judgment, para. 754 (Ene. 22, 2004); Prosecutor v. Ndindabahizi, Caso No. ICTR-2001-71-I, Trial Judgment, para. 498 (Jul. 15, 2004); Prosecutor v. Rutaganira, Caso No. ICTR-95-1-C, Trial Judgment, para. 110 (Mar. 14, 2005); Prosecutor v. Karera, Caso No. ICTR-01-74-T, Trial Judgment, para. 571 (Dic. 7, 2007); Prosecutor v. Kalimanzira, Caso No. ICTR-05-88-T, Trial Judgment, para. 741 (Jun. 22, 2009); Prosecutor v. Renzaho, Caso No. ICTR-97-31-T, Trial Judgment, para. 814 (Jul. 14, 2009). Véase también Prosecutor v. Tadić, Caso No. IT-94-1-A and IT-94-1-A bis, Judgement in Sentencing Appeals, para. 48 (Ene. 26, 2000); Prosecutor v. Aleksovski, Caso No. IT-95-14/1-A, Appeals Judgment, para. 185 (Mar. 24, 2000); Prosecutor v. Blaškić, Caso No. IT-95-14-A, Appeals Judgment, para. 678 (Jul. 29, 2004); Prosecutor v. Plavšić, Caso No. IT-00-39&40/1-S, Trial Judgment, para. 22 (Feb. 27, 2003); Kayishema & Ruzindana Trial Judgment, Op. cit. nota 55, sentence para. 2; Simba Trial Judgment, Op. cit. nota 56, para.

el efecto disuasorio de un Tribunal Penal Internacional, en especial uno de carácter permanente, como la CPI, en última instancia, depende de su capacidad para hacer cumplir sus sentencias<sup>99</sup>. Si bien el historial relativamente pobre de los Tribunales *ad hoc* –en más de 14 años, el TPIY ha completado tan solo 86 casos con 120 acusados<sup>100</sup>, y el TPIR ha dictado hasta ahora sentencias definitivas para no más de 36 acusados<sup>101</sup>– parece demostrar una capacidad limitada de aplicación y arroja algunas dudas sobre su efecto disuasorio general<sup>102</sup>, difícilmente se puede negar que la existencia misma de los Tribunales Penales Internacionales, especialmente de la CPI como una Corte permanente y con perspectiva de futuro, envía una señal clara a los autores de crímenes internacionales de que no están más allá del alcance de la ley y, en última instancia, pueden ser considerados responsables de sus actos<sup>103</sup>. De hecho, la creación de estos tribunales ha aumentado considerablemente el riesgo de sanción de los responsables<sup>104</sup>, especialmente de aquellos de alto nivel, ya que normalmente actúan de forma racional y, por lo tanto, ven la posibilidad de castigo como un factor importante a tener en cuenta a la hora de la toma de decisiones<sup>105</sup>.

---

429; Muvunyi Trial Judgment, Op. cit. nota 35, para. 532; Prosecutor v. Seromba, Caso No. ICTR-2001-66-I, Trial Judgment, para. 376 (Dic. 13, 2006); Prosecutor v. Nchamihigo, Caso No. ICTR-01-63-T, Trial Judgment, para. 383 (Nov. 12, 2008); Prosecutor v. Bagosora, Caso No. ICTR-98-41-T, Trial Judgment, para. 2260 (Dic. 18, 2008); Prosecutor v. Bikindi, Caso No. ICTR-01-72-T, Trial Judgment, para. 443 (Dic. 2, 2008).

<sup>99</sup> Para la misma perspectiva véanse los autores citados en la nota 97.

<sup>100</sup> <http://www.icty.org/sections/TheCasos/KeyFigures> (última visita 02.04.2012).

<sup>101</sup> <http://69.94.11.53/default.htm> (última visita 02.04.2012).

<sup>102</sup> Crit. en este sentido TOLMEIN, Op. cit. nota 97, p. 507; KU/NZELIBE, Op. cit. nota 96, p. 808; KOLLER, Op. cit. nota 96, p. 1027–1028.

<sup>103</sup> Kordić & Čerkez Appeals Judgment, Op. cit. nota 98, para. 1078; Krajišnik Trial Judgment, Op. cit. nota 35, para. 1137; Zelenović Trial Judgment, Op. cit. nota 98, para. 34.

<sup>104</sup> NEUBACHER, Frank. *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 424; NEUBACHER, Frank. *Strafzwecke und Völkerstrafrecht*. En: *Neue Juristische Wochenschrift* 59 (“NJW”), 2006, p. 966, 968. En similar sentido, Prosecutor v. Nikolic, Op. cit. Nota 98, para. 88.

<sup>105</sup> NEUBACHER, *Strafzwecke*, Op. cit. Nota 104, p. 968–969. Véase también SIEVERT, Ron. *A new Perspective on the International Criminal Court: Why the Right should Embrace the ICC and how America can Use it*. En: *U. Pitt. L. Rev.* 68, 2006, p. 77, 99. En similar sentido, Delalić Trial Judgment, Op. cit. nota 98, para. 1234. Una visión crítica, en JÄGER, Op. cit. nota 95, p. 57; KU/NZELIBE, Op. cit., nota 96, p. 807.

En cuanto a la CPI, en particular, el economista norteamericano D. SUTTER, uno de los seguidores de la economía del movimiento de la delincuencia, ha argumentado que “es poco probable que tenga un efecto disuasorio muy *dramático*” y que “afecte en *gran medida* el cálculo político de un régimen desesperado”<sup>106</sup>. Sin embargo, Sutter no explica qué entiende por un efecto “dramático” en oposición a uno “normal” u “ordinario”. Tampoco explica cuándo una determinada causa tiene un “gran” efecto en lugar de uno “pequeño”. En cualquier caso: ¿no sería suficiente si la CPI tuviera en realidad *algún* efecto disuasorio? ¿Si se tuviera en cuenta como elemento de cálculo a la hora de decidir la actuación del régimen? De hecho, dadas las restricciones incorporadas en el régimen jurídico de la CPI y sus obvios problemas de capacidad, los abogados penalistas más internacionales estarían más que felices si la Corte fuera capaz de “disuadir a los cleptócratas que buscan saquear su país, pero todavía interesados en pasar las malas riquezas obtenidas al extranjero...”<sup>107</sup>.

En cualquier caso, al propósito de hacerse a un panorama más completo de este complejo asunto, no se debe llegar a ver la CPI a la manera de una herramienta aislada para combatir la impunidad, sino, como ya se ha dicho antes (2.), debe reconocerse solo como una parte integral del sistema de justicia penal internacional. La CPI es, ante todo, un complemento a las jurisdicciones nacionales, en especial a la jurisdicción del Estado territorial. La CPI es un tribunal penal con poderes muy limitados, en función de la cooperación de los Estados y la adhesión de todos los Estados a su Estatuto. Por lo tanto, su capacidad de ejecución y su efecto disuasorio dependen de la cooperación de la comunidad internacional. Más concretamente, la capacidad de cumplimiento de la CPI depende de la cooperación del Estado territorial o, si este Estado no está dispuesto a cooperar, en un cambio de régimen a través de presión interna o externa.

Teniendo en cuenta los acotados poderes y funciones de la Corte Penal Internacional, sus objetivos y metas son también limitados. Nadie familiarizado con la justicia penal internacional y la CPI espera efectos “dramáticos” o “grandes”; efectos limitados y la disuasión, aunque solo de algunos de los principales responsables, de hecho, significarían una mejora considerable en comparación con el *statu quo*

---

<sup>106</sup> SUTTER, Daniel. The Deterrent Effects of the International Criminal Court. En: VOIGT, Stefan et al. (eds.). International Conflict Resolution. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 9, 23 (énfasis añadido).

<sup>107</sup> SUTTER, Op. cit. nota 106 p. 23.



*ex ante* sin una CPI. En cualquier caso, el enjuiciamiento por la CPI, respetando las normas internacionales reconocidas sobre juicios justos y la presunción de inocencia, sirve mucho más a la idea de justicia y a la de verdad sobre los crímenes del pasado que las ejecuciones extrajudiciales, y mucho menos al estilo de Irak con invasiones militares. El Derecho Penal sirve, sobre todo, a la confirmación de ciertos valores morales y a la internalización por los destinatarios de las normas (como consecuencia de la prevención primaria)<sup>108</sup>, en ese sentido, la disuasión puede servir indirectamente.

Resumiendo estas consideraciones, una Convención especializada para CLH puede tener un impacto positivo sobre el cumplimiento y puede disuadir a futuros criminales. Mientras que los CLH no desaparezcan enteramente como resultado de la adopción de la Convención, existirá una expectativa realista de que la señal enviada por dicho Convenio no se quedará sin precedentes entre los potenciales criminales de lesa humanidad.

#### IV. ANEXO

*Art. 3° de la Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad*<sup>109</sup>

*Artículo 3°. Definición de Crímenes de Lesa Humanidad.*

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “crímenes de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- (a) Asesinato;
- (b) Exterminio;
- (c) Esclavitud;
- (d) Deportación o traslado forzoso de población;
- (e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- (f) Tortura;
- (g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- (h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, étnicos, culturales, religiosos, de

<sup>108</sup> KREUZER, Op. cit. nota 89, p. 215.

<sup>109</sup> La Propuesta de Convención está disponible en [http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page\\_id=1553](http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1553) (visto por última vez el 02.04.2012).

género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con actos de genocidio o crímenes de guerra;

(i) Desaparición forzada de personas;

(j) El crimen de apartheid;

(k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

(a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

(b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

(c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

(d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

(e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

(f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

(g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

(h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

(i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización

política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos de la presente Convención, se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AKHAVAN, Payam. Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent future Atrocities? En: *AJIL* 95: 7, 2001, p. 7 y ss.

AMBOS, Kai. Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik. En: KALECK, Wolfgang et al. (Eds.). *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlin: Springer, 2006, p. 55 y ss.

----- Feindstrafrecht. En: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 124, 2006, p. 1 y ss.

----- The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. En: AMBOS, Kai et al. (Eds.). *Building a future on peace and justice*. Berlin/Heidelberg, Springer Verlag, 2009, p. 19 y ss.

----- Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht und Europäisches Strafrecht. 3era ed. München: C. H. Beck., 2011.

----- Selected issues regarding the ‘Core Crimes’ in International Criminal Law. En: *International Criminal Law: Quo vadis? (Nouvelles Etudes Penales 19)*, AIDP ed., Érès 2004, p. 219 y ss.

AMBOS, Kai/WIRTH, Steffen. The Current Law of Crimes against Humanity. An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000. En: *Criminal Law Forum* 13, 2002, p. 1 y ss.

AMBOS, Kai/PIRMURAT, Said. Das Todesurteil gegen Saddam Hussein. En: *Juristen Zeitung (“JZ”)* vol. 62, num. 17, 2007, p. 822 y ss.

ANTONY, Jürgen/ENTORF, Horst. Zur Gültigkeit der Abschreckung im Sinne der ökonomischen Theorie der Kriminalität: Grundzüge einer Meta-Studie. En: ALBRECHT, Hans-Jörg/ENTORF, Horst (Eds.). *Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat*. Heidelberg: Physica Verlag, 2003, p. 167 y ss.

ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 6a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 170 y ss.

BLEWITT, Graham T. The Importance of a Retributive Approach to Justice. En: BLUMENTHAL, David A./MCCORMACK, Timothy (Eds.). *The legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalized Vengeance*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 39 y ss.

BORSARI, Riccardo. *Diritto Punitivo Sovranazionale come Sistema*. Padova: CEDAM, 2007.

BOOT, Machteld. *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: v. 12: Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. New York: Intersentia, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (eds.), *Derecho Penal de enemigo*, Montevideo-Buenos Aires: Edisofer, 2006.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 122-23.

CERONE, John P. The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes Against Humanity. En: *New Eng. J. Int'l & Comp. L.* 14 (2008), p. 191 y ss.

CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. 2nd. ed. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999.

----- . *The Legislative History of the ICC: Introduction, Analysis and Integrated Text of the Statute, Elements of crimes and rules of Procedure and Evidence 1*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2005.

CLARK, Roger S. *Crimes Against Humanity at Nuremberg*. En: George GINSBURGS/Vladimir Nikolaevich KUDRIAVTSEV (eds.). *The Nuremberg Trial and International Law*. Dordrecht; Boston: Norwell, MA, U.S.A.: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 177 y ss.

----- . *Crimes Against Humanity and The Rome Statute of the International Criminal Court*. En: Roger CLARK *et al.* (Eds.). *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in honor of George Ginsburgs*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 139-156.

CRYER, Robert. The Definition of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant. En: *JICL* 7, 2009, p. 283 y ss.

CRYER, Robert *et al.* *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press. 2007.

CROCKER, David A. Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation. En: *Buff. Crim. L. Rev.* 5, 2002, p. 509 y ss.

DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHEC, Francis. Le Nouveau Droit Pénal. 14a. ed. Paris : Economica, 2007.

DIXON, Rodney revisado por Christopher HALL. Crimes Against Humanity. En: Otto TRIFFTERER (Ed.). Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers Notes, Article by Article. 2nd ed., München: C. H. Beck et al., 2008, Art. 7 nm. 4.

DÖLLING, Diter/HERMANN, Dieter. Befragungsstudien zur negativen Generalprävention: Eine Bestandsaufnahme. En: ALBRECHT, Hans-Jörg/ENTORF, Horst (Eds.). Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat. Heidelberg: Physica Verlag, 2003, p. 133 y ss.

DONINI, Massimo/PAPA, Michele (eds.). Diritto penal del nemico. Un dibattito internazionale. Nilano: Giuffré, 2007.

DRUMBL, Mark. A Hard Look at the Soft Theory of International Criminal Law. En: SADAT, Leila/SCHARF, Michael (Eds.) The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 1 y ss.

EBOE-OSUJI, Chile. Crimes against Humanity: Directing attacks against a civilian population. En: Afr. J. Legal Stud. 2, 2008, p. 118 y ss.

EISELE, Hermann. Die general- und spezialpräventive Wirkung strafrechtlicher Sanktionen. Methoden, Ergebnisse, Metaanalyse. Heidelberg: Ph.D. dissertation, University of Heidelberg, 1999.

EL ZEIDY, Mohamed M. The Principle of Complementary in the International Criminal Law: Origin, Development and Practice. Leide-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

FLETCHER, George P. Rethinking Criminal Law. Boston: Little, Brown, 1978 (Oxford: Oxford University Press, 2000).

FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung ausserstatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Köln: Carl Heymanns, 1983.

GOLDSTONE, Richard. Historical Evolution—From Nuremberg to the International Criminal Court. En: Penn St. Int'l L. Rev. 25, 2007, p. 763 y ss.

GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. El Exterminio de Grupos Políticos en el Derecho Penal Internacional: genocidio y crímenes contra la humanidad. En: Revista de Derecho y Proceso Penal No. 4, 2000, p. 147 y ss.

GRONO/Nick/O'BRIEN, Adam. Justice in conflict? The ICC and Peace Processes. En: WADDELL, Nicholas/CLARK, Phil (Eds.). Courting conflict? Justice, peace and the ICC in Africa. London: Royal African Society, 2008, p. 13 y ss.

HAZAN, Pierre. Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: A Framework for Evaluating Transitional Justice. En: ICRC Int'l Rev. 88, 2006, p. 19 y ss.

JÄGER, Herbert. Hört das Kriminalitätskonzept vor der Makrokriminalität auf? – Offene Fragen und Denkansätze. En: NEUBACHER, Frank/KLEIN, Anne (Eds.). Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts – Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichtsbarkeit. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

KIRSCH, Stefan. Zweierlei Unrecht. –Zum Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit–. En: MICHALKE, Regina et al. (Eds.). Festschrift für Rainer Hamm zum 65 Gerbutstag. Berlin: Walter de Gruyter, 2008, p. 269 y ss.

------. Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity. En: LJIL 22, 2009, p. 525 y ss.

------. Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Frankfurt: Peter Lang, 2009.

KLABBERS, Jan. Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law. En: Finnish Y.B. Int'L 12, 2001, p. 249 y ss.

KOLB, Robert. Droit International Penal. Bâle: Helbing Lichtenhahn; Bruxelles: Bruylant, 2008.

KRESS, Claus. Der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Grenzbereich zwischen internationalem bewaffneten Konflikt und Bürgerkrieg. En: FISCHER, Horst/LÜDER, Sascha Rolf (Eds.). Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof. Berlin: Berlin Verlag Arno Spitz, 1999, p. 15 y ss.

KREUZER, Arthur. Prävention durch Repression. En: SCHÖCH, Heinz /JEHLE, Jörg-Marin (Eds.). Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit: Haftvermeidung, Kriminalprävention, Persönlichkeitsstörungen, restorative Justice. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2004, p. 205 y ss.

KU, Julian G./NZELIBE, Jide. Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities? En: Wash. U. L. Rev. 84, 2006, p. 777 y ss.

KOLLER, David. The Faith of International Criminal Lawyer. En: N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 40, 2008, p. 1019, 1029.

KUSCHNIK, Bernhard. The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgements of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC? En: Chinese J. Int'l L. 7, 2008, p. 459 y ss.

LIPPMAN, Matthew. Crimes Against Humanity. En: Boston College Third World L. Rev. 17, 1997, p. 171 y ss.

LUBAN, David. A Theory of Crimes against Humanity. En: Yale J.Int.L. 29, 2004, p. 85 y ss.

------. Una teoría de los crímenes contra la humanidad, traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez. Bogotá: Temis S. A., 2011.

MALAMUD-GOTI, Jaime. Transitional Government in the Breach: Why Punish State Criminals? En: KRITZ, Neil J. (Ed.). Transitional Justice, Vol. 1. General Considerations. Washington DC: United States Institute of Peace Press, 1995, p. 189 y ss.

MANI, Rama. Reparation as a Component of Transitional Justice: Pursuing 'Reparative Justice' in the Aftermath of Violent Conflict. En: DE FEYTER, Koen et al. (Eds.). Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights violations. Oxford: Intersentia, 2005, p. 53 y ss.

MÉNDEZ, Juan E. National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court. En: Ethics Int'l Affairs 15, 2001, p. 25 y ss.

MEIER, Bernd-Dieter. Kriminologie. München: C. H. Beck, 2003.

MESEKE, Stephan. Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Eine Völkerstrafrechtliche Analyse. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 2004.

METTRAUX, Guénaél. International Crimes and the Ad Hoc Tribunals. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MÖLLER, Christina. Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte. Münster: LIT-Verlag, 2003.

Naciones Unidas. Draft code of crimes against peace and security of mankind. Report of the International Law Commission on Its Forty-eighth Session, U.N. GAOR, 51<sup>st</sup> Sess., Supp. No. 10, p. 9, U.N. Doc.A/51/10 (1996).

NEUBACHER, Frank. Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

------. Strafzwecke und Völkerstrafrecht. En: Neue Juristische Wochenschrift 59 ("NJW"), 2006, p. 966 y ss.

NTANDA NSEREKO, Daniel. The Role of the International Criminal Tribunals in the Promotion of Peace and Justice: the Caso of the ICC. En: CLF 19, 2008, p. 373 y ss.

OHLIN, Jens David. Peace, Security, and Prosecutorial Discretion. En: STAHN, Carsten/SLUITER, Göran (Eds.). The Emerging Practice of the ICC. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 185 y ss.

OLSON, Laura M. Provoking the Dragon on the Patio. Matters of Transitional Justice: Penal Repression vs. Amnesties. En: ICRC Int'l Rev. 88, 2006, p. 275 y ss.

PARENTI, Pablo. Los Crímenes Contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional. En: PARENTI, Pablo et al. (Eds.). Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

PAUST, Jordan J. *et al.*, International Criminal Law, Cases and Materials. 3ª ed., Durham: Carolina Academic Press, Carolina Academic Press, 2007.

PENROSE, Mary. Lest We Fail: The Importance of Enforcement in International Criminal Law. En: Am. U. Int'l L. Rev. 15, 2000, p. 321 y ss.

ROBINSON, Darryl. Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court, EJIL 14, 2003, p. 481 y ss.

------. Defining Crimes Against Humanity at The Rome Conference. En: Am. J. Int'l L 93, 1999, p. 43 y ss.

------. The Elements of Crimes Against Humanity. En: LEE, Roy S. et al (ed.). The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence. Ardsley, NY: Transnational Publishers 2001.

SADAT, Leila. Exile, Amnesty and International Law. En: Notre Dame L. Rev. 81, 2006, p. 955 y ss.

SCHABAS, William A. Crimes against Humanity: The State Plan or Policy Element. En: SADAT, Leila/SCHARF, Michael (Eds.) The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 358 y ss.

SCHEFFER, David. Crimes against Humanity and the responsibility to protect. En: SADAT, Leila Nadya (Ed.). Forging a Convention for Crimes Against Humanity. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SCHWELB, Egon. Crimes Against Humanity. En: Brit. Y. B. Int'l L. 23 (1946), p. 178 y ss.

SEILS, Paul/WIERDA, Marieke, The International Criminal Court and Conflict Mediation. New York: International Center for Transitional Justice, 2005. En: [www.ictj.org/en/news/pubs/index.html](http://www.ictj.org/en/news/pubs/index.html) (fecha de la visita: 10 Sep. 2009).

SIEVERT, Ron. A new Perspective on the International Criminal Court: Why the Right should Embrace the ICC and how America can Use it. En: U. Pitt. L. Rev. 68, 2006, p. 77 y ss.



SIMESTER, Andrew P. /SULLIVAN, G. Robert. Criminal law: Theory and Doctrine. 3a. ed. Oxford: Hart Publishing, 2007.

SMIDT, Michael L. The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence? En: Mil. L. Rev. 167, 2001, p. 156 y ss.

STRENG, Franz. Strafrechtliche Sanktion. 2a. ed. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2002.

SUTTER, Daniel. The Deterrent Effects of the International Criminal Court. En: VOIGT, Stefan et al. (eds.). International Conflict Resolution. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 9 y ss.

TOLMEIN, Oliver. Strafrecht als Instrument zur Schaffung von Frieden: Das Beispiel des ICTY. En: HASSE, Jana et al. (Eds.), Humanitäres Völkerrecht. Politische, rechtliche und geschichtliche Dimensionen. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 493, 507.

UNGER, Thomas/WIERDA, Marieke. Pursuing Justice in Ongoing Conflict: a Discussion of Current Practice. En: AMBOS, Kai et al. (Eds.). Building a future on peace and justice. Berlin/Heidelberg, Springer Verlag, 2009, p. 263 y ss.

UPRIMNY, Rodrigo/SAFFON, María Paula. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En: RETTBERG, Angelika (Ed.). Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional, Bogotá: Univ. de los Andes, 2005, p. 211 y ss.

VAN SCHAACK, Beth. The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. En: Columbia J. Transnat.L. 37, 1999, p. 787 y ss.

VERNON, Richard. What is Crime against Humanity? En: The Journal of Political Philosophy 10, 2002, p. 231 y ss.

VON HIRSCH, Andrew *et al.* Criminal deterrence and sentence severity an analysis of recent research. Cambridge UK: Hart Publishing, 1999.

WERLE, Gerhard. Völkerstrafrecht, 2da. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

WHITNEY BURKE-WHITE, William. Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of Congo. En: LJIL 18, 2005, p. 557 y ss.

WILLIAMS, Glanville. The Mental Element in Crime, Magnes Press Hebrew University, 1965.

ZAHAR, Alexander/SLUITER, Göran. International Criminal Law. A Critical Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2007.

ZOLO, Danilo. Peace through Criminal Law? En: JICJ 2, 2004, p. 727 y ss.

## JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL CITADA

Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Caso No. IT-95-14/ 2-T, Trial Judgment (Feb. 26, 2001).

Prosecutor v. Tadic, Caso No. IT-94-1-A, Appeals Judgment (Jul. 15, 1999).

Prosecutor v. Vasiljevic, Caso No. IT-98-32-A, Appeals Judgment (Feb. 25, 2004).

Prosecutor v. Bisengimana, Caso No. ICTR-00-60-T, Trial Judgment, para. 57 (Apr. 13, 2006).

Prosecutor v. Blaškić, Caso No.IT-95-14-T, Trial Judgment (Mar. 3, 2000).

Prosecutor v. Delalić, Caso No.IT-96-21-A, Appeals Judgment (Feb. 20, 2001).

Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Caso No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgment (Dic. 17, 2004).

Prosecutor v. Krajišnik, Caso No. IT-00-39-A, Appeals Judgment (Mar. 17, 2009).

Prosecutor v. Mrkšić & Šljivančanin, Caso No. IT-95-13/1-A, Appeals Judgment (May 5, 2009).

Prosecutor v. Delalić, Caso No. IT-96-21-T, Trial Judgment, para. 1234 (Nov. 16, 1998).

Prosecutor v. Furundžija, Caso No. IT-95-17/1-T, Trial Judgment (Dic. 10, 1998).

Prosecutor v. Tadić, Caso No. No. IT-94-1-Tbis-R117, Trial Judgment (Nov. 11, 1999).

Prosecutor v. Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Trial Judgment (Sept. 2, 1998).

Prosecutor v. Jelisić, Caso No. IT- 95-10-T, Trial Judgment (Dic. 14, 1999).

Prosecutor v. Todorović, Caso No. IT-95-9/1-S, Trial Judgment (Jul. 31, 2001).

Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Caso No. IT-98-34-T, Trial Judgment (Mar. 31, 2003).

Prosecutor v. Simić, Caso No. IT-95-9-T, Trial Judgment (Oct. 17, 2003).

Prosecutor v. Nikolic, Caso No. IT-02-60/1-S, Trial Judgment (Dic. 2, 2003).

Prosecutor v. Galić, Caso No. IT-98-29-T, Trial Judgment (Dic. 5, 2003).

Prosecutor v. Brdjanin, Caso No. IT-99-36-T, Trial Judgment (Sep. 1, 2004).

Prosecutor v. Strugar, Caso No. IT-01-42-T, Trial Judgment (Ene. 31, 2005).

Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura, Caso No. IT-01-47-T, Trial Judgment (Mar. 15, 2006).

Prosecutor v. Zelenović, Caso No. IT-96-23/2-S, Trial Judgment (Abr. 4, 2007).

Prosecutor v. Haradinaj, Caso No. IT-04-84-T, Trial Judgment (Abr. 3, 2008).

Prosecutor v. Bošković & Tarčulovski, Caso No. IT-04-82-T, Trial Judgment (Jul. 10, 2008).

Prosecutor v. Jelisić, Caso No. IT-95-10-A, Appeals Judgment [Jul. 5, 2001].

Prosecutor v. Niyitegeka, Caso No. ICTR-96-14-A, Appeals Judgment [Jul. 9, 2004].

Prosecutor v. Kvočka et al., Caso No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgment [Febr. 26, 2005].

Prosecutor v. Limaj et al., Caso No. IT-03-66-A, Appeals Judgment [Sept. 17, 2007].

Prosecutor v. Kajelijeli, Caso No. ICTR-98-44A-T, Trial Judgment (Dic. 1, 2003).

Prosecutor v. Ntakirutimana, Caso No. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, Trial Judgment (Feb. 21, 2003).

Prosecutor v. Niyitegeka, Caso No. ICTR-96-14-T, Trial Judgment (Mayo, 16 2003).

Prosecutor v. Kamuhanda, Caso No. ICTR-95-54A-T, Trial Judgment (Ene. 22, 2004).

Prosecutor v. Ndindabahizi, Caso No. ICTR-2001-71-I, Trial Judgment (Jul. 15, 2004).

Prosecutor v. Rutaganira, Caso No. ICTR-95-1-C, Trial Judgment (Mar. 14, 2005).

Prosecutor v. Karera, Caso No. ICTR-01-74-T, Trial Judgment (Dic. 7, 2007).

Prosecutor v. Kalimanzira, Caso No. ICTR-05-88-T, Trial Judgment (Jun. 22, 2009).

Prosecutor v. Renzaho, Caso No. ICTR-97-31-T, Trial Judgment (Jul. 14, 2009).

Prosecutor v. Tadić, Caso No. IT- 94-1-A and IT-94-1-A *bis*, Judgment in Sentencing Appeals (Ene. 26, 2000).

Prosecutor v. Aleksovski, Caso No. IT-95-14/1-A, Appeals Judgment (Mar. 24, 2000).

Prosecutor v. Blaškić, Caso No. IT-95-14-A, Appeals Judgment (Jul. 29, 2004).

Prosecutor v. Plavšić, Caso No. IT-00-39&40/1-S, Trial Judgment (Feb. 27, 2003).

Prosecutor v. Seromba, Caso No. ICTR-2001-66-I, Trial Judgment (Dic. 13, 2006).

Prosecutor v. Nchamihigo, Caso No. ICTR-01-63-T, Trial Judgment (Nov. 12, 2008).

Prosecutor v. Bagosora, Caso No. ICTR-98-41-T, Trial Judgment (Dic. 18, 2008).

Prosecutor v. Bikindi, Caso No. ICTR-01-72-T, Trial Judgment (Dic. 2, 2008).

Prosecutor v. Kunarac, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T Trial Judgment (Feb. 22, 2001).

Prosecutor v. Bagilishema, Caso No. ICTR-95-1A-T Trial Judgment (Jun. 7, 2001).

Prosecutor v. Simba, Caso No. ICTR-01-76-T Trial Judgment (Dic. 13, 2005).

Prosecutor v. Martić, Caso No. IT-95-11-T, Trial Judgment (Jun. 12, 2007).

Prosecutor v. Mrkšić, Caso No. IT-95-13/1-T, Trial Judgment (Sep. 27, 2007).

Prosecutor v. Blaškić, Caso No. IT-95-14-A, Appeals Judgment (Jul. 29, 2004).

Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Caso No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgment (Dec. 17, 2004).

Prosecutor v. M. Lukić & S. Lukić, Caso No. IT-98-32/1-T, Trial Judgment (Jul. 20, 2009).

Prosecutor v. Milutinović *et al.*, Caso No. IT-05-87-T, Trial Judgment (Feb. 26, 2009).

Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo, Doc. No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges (Sep. 30, 2008).

Prosecutor v. Al Bashir, No. ICC-02/05-01/09-3, Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Mar. 4, 2009).

Prosecutor v. Bemba Gombo, Doc. No. ICC-01/05-01/08-424, Decisión de conformidad al Art. 61(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma en los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo (Jun. 15, 2009).

Prosecutor v. Kunarac *et al.*, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Appeals Judgment (Jun. 12, 2002).

Prosecutor v. Vasiljevic, Caso No. IT-98-32-T, Trial Judgment (Nov. 29, 2002).

Prosecutor v. Limaj *et al.*, Caso No. IT-03-66-T, Trial Judgment (Nov. 30, 2005).

Prosecutor v. Krajsnik, Caso No. IT-00-39-T, Trial Judgment (Sept. 27, 2006).

Prosecutor v. Muvunyi, Caso No. ICTR-2000-55A-T, Trial Judgment (Sept. 12, 2006).

Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Caso No. SCSL-04-14-T, Trial Judgment (Ag. 2, 2007).

Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Caso No. SCSL-04-14-A, Appeals Judgment (May 28, 2008).

Prosecutor v. Galic, Caso No. IT-98-29-A, Appeals Judgment (Nov. 30, 2006).

Prosecutor v. Kupreskic, Caso No. IT-95-16-T, Trial Judgment (Ene. 24, 2000).

Prosecutor v. Mrksic et al., Caso No. IT-95-13-R61, Decision on Review of Indictment Pursuant to Rule 61 [Apr. 3, 1996].

Prosecutor v. Lubanga, Doc. No. ICC-01/04-01/06, decisión concerniente de la sala de cuestiones preliminares, decisión del 10 Feb., 2006.

Caso contra Mr. Thomas Lubanga Dyilo, Feb. 24, 2006.

Woollin, R. V. 1 Cr App R 8, UKHL, 1999.

# III

## Jurisprudencia





## LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO PENAL

### Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial

Las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho –para el caso del Derecho Penal–, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, más no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga argumentativa. En consecuencia, comete el delito de prevaricato por acción el Juez que desconoce los precedentes jurisprudenciales emanados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

#### A. APARTES DE LA PROVIDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA\*

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta N° 106

Radicado: 39456

Bogotá, D. C., diez (10) de abril de dos mil trece (2013).

“El asunto sometido al estudio de la Corte por vía del recurso de apelación se contrae, en esencia, a establecer: *i*) si el desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte del funcionario judicial, al decidir un determinado asunto, puede llegar a configurar el delito de prevaricato y, *ii*) de ser así, si en este caso particular la decisión adoptada por el juez **Luis Manuel Castillo Mercado** al tramitar como ejecutivo un caso que debía cursar como ordinario materializó la mencionada conducta punible.

\* Puede consultarse el texto en: <http://www.cortesuprema.gov.co/>



1. Antes de abordar los anteriores cuestionamientos, conviene recordar que el tipo penal de prevaricato por acción que se le atribuye al funcionario judicial **Luis Manuel Castillo Mercado** exige que la resolución, dictamen o concepto sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal sino que la contradicción con la norma debe ser de tal entidad que se advierta de modo ostensible<sup>1</sup>.

En otras palabras, este tipo penal se encuentra constituido por tres elementos, a saber: un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; que ese funcionario profiera resolución o dictamen; y que éste sea manifiestamente contrario a la ley.

En torno a la estructura del prevaricato y cómo se establece la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte ha dicho:

“... la resolución, dictamen o concepto que es contrario a la ley de manera manifiesta, es aquella que de su contenido se infiere sin dificultad alguna la falta de sindéresis y de todo fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos de un asunto sometido a su conocimiento, no por la incapacidad del servidor público y si por la evidente, ostensible y notoria actitud suya por apartarse de la norma jurídica que lo regula.”

“La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.”

“En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.”

“Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.”

“Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia del 11 de enero de 2011, radicación N°. 34546.

uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles”<sup>2</sup>.

2. La Sala anticipa la respuesta positiva a ambas cuestiones. Las razones son las siguientes:

**2.1. Sobre el carácter vinculante del precedente.** El apelante funda su argumento en que la jurisprudencia vigente carece por completo de fuerza normativa, como para que su desconocimiento injustificado pueda configurar el delito de prevaricato.

Frente a la anterior postura defensiva, la Sala de Casación Penal tiene dicho<sup>3</sup> que son varias las razones que permiten afirmar que no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia<sup>4</sup>.

Entre los motivos que apoyan la tesis que le otorga poder normativo y, por lo tanto, fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes se tiene el de la coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos.

A su turno, la coherencia del sistema constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes.

Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia del 23 de febrero de 2006, radicación N° 23.901.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1° de febrero de 2012, radicación N°. 34853.

<sup>4</sup> *ibid.*

También la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez solo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico<sup>5</sup>, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros.

Y aun cuando es cierto que a los jueces, en virtud del principio de autonomía judicial, les corresponde determinar el contenido e interpretación de la ley, también lo es que tal principio no tiene el alcance que pretende darle el impugnante, en el sentido de que el desconocimiento del precedente vigente por parte del Juez Promiscuo **Luis Manuel Castillo Mercado**, carece de relevancia.

Ahora bien, de manera concordante con lo dicho en precedencia, no se trata de que el acatamiento del precedente se convierta en un método rígido de aplicación de la ley que imponga criterios inamovibles. Por el contrario, la Corte tiene dicho<sup>6</sup> que la jurisprudencia debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que, en un momento dado, hayan podido incurrir los altos Tribunales pero, se reitera, lo cierto es que la jurisprudencia es en verdad una fuente formal y material de derecho, de la cual se deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

Este tema ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en varias decisiones de tutela y de constitucionalidad, siendo la sentencia hito la C-836 de 2001. Sin embargo, las conclusiones allí plasmadas no fueron del todo novedosas, pues en decisión anterior (sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, mediante la cual se analizó una demanda contra varias normas que regulan la casación en la Ley 600 de 2000) también se hizo referencia al deber de acatamiento de la jurisprudencia que, junto a la Ley y a la Constitución, se constituye en uno de los “materiales legitimados en los cuales se expresa el derecho”.

En ese pronunciamiento se dijo que, además de la fuerza vinculante de la doctrina constitucional (sentencia C-083 de 1995<sup>7</sup>), ese poder normativo

---

<sup>5</sup> Sentencia C-836 de 2001.

<sup>6</sup> Sala de Casación Penal, rad. 34853.

<sup>7</sup> En esta sentencia se analizó la constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 153 de 1887, por la supuesta infracción de dicho precepto al artículo 230 de la Constitución Política de 1991, declarándose su apego a la Carta en razón a que lo que hace el artículo 8° es referir a las normas constitucionales como fundamento inmediato de

también se reputa de las decisiones de otras autoridades, como así se precisó en diversas providencias de la Corte Constitucional, entre ellas las decisiones T-123 de 1995, C-447 y la Sentencia de Unificación 049 de 1997. De todo lo anterior se infiere que un sistema fuerte de precedentes no riñe con nuestra tradición de tener a la ley como fuente primigenia y única de derecho, pues la disciplina de la sujeción al precedente es una forma efectiva de materializar el derecho a la igualdad.

No obstante, esta Colegiatura insiste en que es la sentencia C-836 de 2001, a través de la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896<sup>8</sup>, la que aborda y define la cuestión sobre la fuerza normativa de la jurisprudencia de las corporaciones distintas al Tribunal Constitucional.

En dicho fallo se declaró la constitucionalidad de la norma demandada, en el entendido de que la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.

Allí también quedó claro que en Colombia existe un sistema relativo de jurisprudencia, pues aun cuando los precedentes son vinculantes, no obligan de manera absoluta.

Es por lo anterior que, en determinados casos, es factible desacatar las decisiones de las altas Cortes, siempre y cuando se ponderen de manera precisa ciertos y específicos condicionamientos que no obedecen simplemente al capricho del funcionario judicial, a la mera disparidad de criterios o al obedecimiento ciego e irracional del principio de imparcialidad y autonomía judicial.

Así, entonces, se precisó que la jurisprudencia deja de ser obligatoria, siempre que el inferior funcional la encuentre irrazonable, mas no de manera inmotivada o según su fuero interno, sino a partir de la demostración y expresión de alguna de las siguientes hipótesis:

(i) Que, a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho, de todas formas existan diferencias relevantes que no fueron consideradas en el primer caso, las cuales conducen a situaciones que no resultan comparables; (ii) debido a un cambio social posterior a la primera

---

la sentencia, y a la jurisprudencia constitucional, lo cual constituye una exigencia razonable que garantiza la seguridad jurídica y cumple una función integradora.

<sup>8</sup> “Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

decisión, en cuyo caso el precedente resulta inadecuado para volverse a aplicar por lo diferente del contexto social; (iii) que el juez concluya que la decisión es contraria a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico y (iv) en los casos de variación de la norma legal o constitucional interpretada en la decisión de la cual el juez pretende apartarse.

La fuerza vinculante del precedente, el carácter normativo de la jurisprudencia por razón de su condición de fuente formal de derecho, así como el deber de sujeción de los jueces a la doctrina probable, han sido reafirmados, además, en diferentes situaciones, entre ellas, en la sentencia de unificación SU 120 de 2003, mediante la cual la Corte Constitucional decidió varias acciones de tutela interpuestas precisamente contra decisiones de la Sala de Casación Laboral.

Allí se determinó que el respeto al precedente concreta el derecho a la igualdad, al tiempo que materializa los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, unidad del ordenamiento y la presunción de buena fe que pesa sobre la actuación de las autoridades judiciales, con el fin de evitar que los jueces actúen arbitrariamente y, de este modo, incurran en una vía de hecho, cuando sin razones que justifiquen su actuar desconozcan la doctrina probable al interpretar el ordenamiento jurídico.

El tema fue reiterado, además, en la sentencia C-539 de 2011, por medio de la cual se declaró la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, precepto que ordena a las entidades públicas acoplar sus actuaciones a los precedentes judiciales que, en materia ordinaria o contenciosa administrativa por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. De esta manera se reconoció que el artículo 230 de la Constitución Política le confiere el carácter de vinculante al precedente judicial, tal y como expresamente lo dispone el artículo 241 del mismo estatuto respecto del precedente constitucional.

Más aún: es pertinente recordar que la Corte Constitucional extiende el deber de obediencia del precedente no solamente a las autoridades administrativas pertenecientes al poder ejecutivo, como en principio podría llegar a entenderse, sino que incluye el rol judicial que también implica una función de esta naturaleza, cual es la de administrar justicia.

Dicha conclusión la fundó en el artículo 230 de la Constitución Política, en cuanto refiere que los jueces solo están sometidos en sus providencias al imperio de la ley. Con apoyo en dicho precepto, concluyó, entonces, que *“la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley”*<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011

Sin embargo, aun cuando el carácter vinculante del precedente judicial se extiende tanto a las autoridades administrativas como a las judiciales, es preciso decir que existen diferencias entre ambas funciones, pues las primeras no gozan de autonomía e independencia, como sí ocurre con las segundas.

De allí que se afirme que el precedente es, en todo caso, obligatorio para las autoridades del orden administrativo, mientras que, respecto de la función judicial, se permite a sus ejecutores apartarse del mismo, siempre que expongan razones atendibles, siguiendo las exigencias argumentativas reseñadas en precedencia.

La Sala de Casación Penal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema<sup>10</sup>, reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, citando justamente la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente la sentencia C-836 de 2001.

En este orden de ideas, en la actualidad es difícilmente sostenible, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo. La Corporación insiste, al contrario de lo que afirma el apelante, en que las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, más no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-086 de 2001.

En **conclusión**, es menester señalar que la modificación de la línea jurisprudencial para un caso determinado no se produce, como así ocurrió en este caso, de manera inmotivada, sino que *“el cambio en la jurisprudencia [debe estar] razonablemente justificado conforme a una ponderación de bienes jurídico en el caso particular”*.

**2.2. La materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.** Queda, entonces, por constatar si en este caso el Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel, doctor **Luis Manuel Castillo Mercado**, se apartó injustificadamente de la jurisprudencia vigente y, en caso positivo, si esa discrepancia entre la ley y la jurisprudencia fue ostensible y palmaria.

<sup>10</sup> Sentencia de segunda instancia N°. 30571 del 9 de febrero de 2009; auto 30775 del 18 de febrero de 2009; auto del 16 de abril de 2009, rad. 31115; auto del 28 de abril de 2010, rad. 33659; revisión del 19 de mayo de 2010, rad. 32310; sentencia segunda del 6 de mayo de 2010, rad. 33331; auto del 19 de septiembre de 2011, rad. 36973. Más recientemente, en sentencia de casación del 1° de febrero de 2012, rad. 34853.

Pues bien, en el caso presente, surge nítido que en ningún aparte de la decisión que se dice prevaricadora se observa que el entonces Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel hubiese argüido diferencias entre el supuesto fáctico sobre el cual en ese momento se pronunciaba y aquél que le fuera revocado en el 2004, de modo que se justificara una solución contraria a la dispuesta por la jurisprudencia vigente.

En efecto, en la decisión cuestionada se lee apenas lo siguiente:

*“Juzgado Promiscuo del Circuito de Ayapel, Córdoba. Agosto 29 de 2007. En escrito que antecede la Dra. Ana Rubis Román, en nombre de Cayetana Hernández y otros, instaura demanda ejecutiva laboral en contra del municipio de Ayapel. Aporta como sustento de su petición los siguientes documentos: [...] 12° Certificación expedida por el Municipio de Ayapel, donde se acredita que a Jorge David Delgado Cuadrado no se le han cancelado sus cesantías de los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2005, [...] 20. Orden de pago N° 0098 de fecha marzo 6 de 2004, donde se liquidan las cesantías de Jorge David Delgado Cuadrado, con su registro y disponibilidad presupuestal...”*

*“PARA RESOLVER SE CONSIDERA. El sustento legal de la petición de mandamiento ejecutivo de pago se funda en lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dice: ‘El valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario, por cada día de retraso.’”*

*“Comoquiera que el sustento de la pretensión reclamada es la misma ley sustantiva que de forma diáfana y clara castiga la mora en la consignación, que de forma anual debe hacer el ente empleador, so pena de pagar de su propio peculio un día desalarlo por cada día de mora.”*

*“Así las cosas, la pretensión reclamada tiene sustento en la ley, por lo cual es dable librar la ejecución solicitada.”*

*“Por lo expuesto, este Despacho,” “RESUELVE: Primero: Librese mandamiento ejecutivo de pago, por la vía laboral de mayor cuantía, en contra del Municipio de Ayapel, para que en el término de cinco días cancele las sumas que más adelante se indicarán, a favor de los ejecutantes, conforme a lo dispuesto en la Ley 50 de 1990... 13.1 Jorge David Delgado Cuadrado, la suma de \$36.963.30, por cada día de retardo o mora en el pago o consignación de sus cesantías correspondientes al año 1999 que debía consignar a más tardar el día 15 de febrero de 2000 y hasta tanto se verifique su pago o cancelación total, la cual es de \$1.108.900...”*

Ninguna alusión hizo el funcionario judicial a las razones por las que, según la doctrina constitucional ya reseñada, era procedente apartarse del precedente vigente y decidir de forma contraria a lo resuelto por su superior en 2004, cuando le revocó una decisión idéntica a esta, en donde el mismo demandante, Jorge David Delgado Cuadrado, reclamaba la misma prestación.

No existe en el auto calificado de prevaricador explicación alguna sobre una transformación social que ameritara un discurso diferente al fijado en la jurisprudencia, como tampoco la demostración de un cambio histórico que acreditara que se trataba de supuestos de hecho diferentes, menos aún que la jurisprudencia que estaba en boga y comúnmente aceptada era equivocada por ir en contravía de los valores y principios que orientan nuestro ordenamiento jurídico, es decir, que existía una incompatibilidad axiológica entre la regla jurídica impuesta por el precedente, los derechos fundamentales y los principios en los que se funda el orden jurídico; o, en últimas, que hubo un cambio del régimen legal o constitucional que en su momento determinó la aplicación de un cierto criterio a través del precedente.

Tampoco en la providencia cuestionada obra alguna reflexión sobre la necesidad de hacer prevalecer un orden justo o el derecho material, como así lo justificó la defensa del procesado en esta actuación.

No resulta de recibo el argumento del recurrente, en el sentido de que el funcionario judicial, doctor **Castillo Mercado**, se apartó de la jurisprudencia con fundamento en las explicaciones que manifestó en su indagatoria, pues lo cierto es que el soporte de la decisión judicial debe estar contenido en ella misma y, en este caso particular, no se observa ninguna reflexión para desconocer la postura vigente y aceptada de la Alta Corte en lo laboral.

Exótico sería, por decir lo menos, además de contrapuesto al principio de razón suficiente que rige el razonamiento judicial, admitir como sustento de una providencia las explicaciones que su autor brinde *a posteriori* en una diligencia de descargos, en la que, ahora sí prevalido de los argumentos que no expresó en la decisión irregular, se enfrenta al cuestionamiento de su responsabilidad por la posible ilegalidad de dicha determinación.

Ahora bien, que de la documentación allegada al proceso laboral se desprendiera claramente la existencia de un título ejecutivo; que, en sentir de la defensa, fuera discutible que, en casos laborales como el tramitado en el año 2007, se permitiera a la administración demostrar su buena fe; o la personal lectura que hace el recurrente de una decisión del Consejo de Estado, son apenas argumentos que involucran la personal interpretación del hoy procesado, pero que en nada desestiman la palmaria ilegalidad de la determinación cuestionada, pues el precedente de la Alta Corte sobre el punto debatido en las instancias laborales era claro: la reclamación de lo adeudado, por razón de lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no se hacía a través de un proceso ejecutivo, sino de uno ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando no hay reconocimiento de la obligación.

Así lo concluyó el proceso laboral con fundamento en la ley y la jurisprudencia, sin que a la Sala de Casación Penal le sea dado constituirse



ahora en una suerte de '*tercera instancia*' laboral y, como tal, dirimir asuntos que fueron o habrán de ser resueltos en las instancias correspondientes.<sup>11</sup>

Y si a lo anterior se agrega que al funcionario judicial **Castillo Mercado** su superior le había revocado una decisión en igual sentido, con ocasión de un caso idéntico y, además, que el precedente en boga que fuera injustificadamente desconocido databa de 7 años atrás, es difícil creer, como así lo pregona el impugnante, que lo hubiera podido olvidar; por el contrario, dicha circunstancia acredita lo deliberado de su comportamiento.

Dígame, además, que si acaso el hoy procesado **Luis Manuel Castillo Mercado** estimó, como Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel, en aras de satisfacer el derecho material y hacer prevalecer un orden justo, como así lo explicó en este proceso, que en la actuación laboral existía un título ejecutivo, en los términos en que la legislación civil lo regula, así ha debido sustentarlo suficientemente en la decisión cuestionada, pues de esa manera establecía una diferenciación con los supuestos del precedente que frontal y palmariamente estaba desconociendo.

Pero, insiste la Corte, ninguna reflexión sobre ese particular, aparte de la cita textual del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se observa en la providencia cuestionada.

De igual forma, si consideraba que el caso de 2007 era distinto al de 2004, por la diferente naturaleza de los documentos que soportaban la demanda laboral, también en tal evento ha debido hacerlo explícito en la providencia, para así apartarse legítimamente de la postura vigente.

Pero, una vez más, ninguna argumentación en tal sentido existe en el auto que se califica de prevaricador.

De todo lo anterior se infiere que la trasgresión a la ley y a la jurisprudencia fue ostensible y palmaria, no solamente por la clara contrariedad entre lo decidido y la postura judicial vigente, sino porque su superior, en una ocasión anterior, le advirtió al hoy procesado que su discrepancia no era de recibo por contravenir una decisión de la Sala de Casación Laboral.

Sin duda alguna la actuación del procesado generó graves repercusiones, pues no solamente desconoció frontalmente el debido proceso, en su arista de legalidad de las formas del juicio, sino que, adicionalmente, ocasionó graves perjuicios a la administración municipal.

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia del 16 de noviembre de 2010, radicación N°. 35109.

No se está, por tanto, frente a un funcionario judicial confundido o errado sobre la ley y la jurisprudencia vigentes, sino ante uno decidido a desconocer el tenor literal de la norma y el precedente, como finalmente lo hizo, pues en su obstinada actitud, no obstante que en un caso idéntico su superior jerárquico lo ilustró sobre el trámite que debía adoptar, se mantuvo inamovible en su terca e injustificada postura, evidentemente alejada del precedente.

Así las cosas, no se trata, pues, de una discrepancia judicial sino de un delito de prevaricato.

Por último, ningún fundamento tiene el argumento que trae el recurrente en el escrito de sustentación, en el sentido de que en la sentencia no se le atribuye a **Luis Manuel Castillo Mercado** la violación de norma alguna, pues a las claras surge que el *a quo* le atribuyó al procesado, además de la jurisprudencia vigente sobre la materia, los artículos 100 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral, en concordancia con el 448 del Código de Procedimiento Civil, los cuales desarrollan las características de las obligaciones laborales susceptibles de ser demandadas a través de un proceso ejecutivo, pues evidentemente el funcionario judicial, de manera deliberada, tramitó como ejecutivo un proceso que no tenía esa naturaleza, como así se lo imponía con claridad la ley y la jurisprudencia.

En fin, como la Sala lo anticipó, la providencia recurrida será confirmada, pues el proceso demuestra la materialidad de la conducta punible y los presupuestos de responsabilidad del procesado, sin que los argumentos defensivos permitan una conclusión diferente.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**CONFIRMAR** la decisión del Tribunal Superior de Montería del 4 de junio de 2012, por medio de la cual condenó a **Luis Manuel Castillo Mercado** como autor del delito de prevaricato por acción”.

## B. PRIMER COMENTARIO

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ\*

*“Destruído el carácter normativo del derecho, para afirmar como tal solamente el acto concretamente cumplido por el órgano jurídico, es indudable que hemos ido a parar a una tesis autoritaria, en la cual el hecho consumado se identifica con el hecho debido.*

(Sebastián Soler<sup>1</sup>)

**1. Algunas necesarias precisiones.** En un Estado de Derecho Social y Democrático (como lo es el colombiano, según reza la Carta Fundamental en sus arts. 1 y ss.), el principio de legalidad es una de las columnas vertebrales de ese andamiaje de organización social, que posibilita una sociedad capaz de instaurar un proceso de efectiva incorporación de los hombres, de todos los hombres, en los mecanismos de control de las decisiones, y de participación real de los mismos en los rendimientos de la producción; por eso, ese modelo de Estado, dice Elías Díaz, se edifica a partir de las siguientes exigencias fundamentales: “imperio de la ley; ley como expresión de la voluntad general; división de poderes y legalidad de la Administración como mecanismos jurídicos antitotalitarios; y, finalmente, respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales”<sup>2</sup>.

Así las cosas, dentro de ese diseño de organización social el principio de legalidad de los delitos y de las penas es el axioma máximo llamado a regir, desde la perspectiva formal, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por ello, se le llama de *legalidad*, pues establece que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar las conductas punibles como al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), se rige por el imperio de la ley que es expresión de la voluntad general, de conformidad con las directrices de la filosofía liberal que lo inspiran. Así mismo, se le denomina de *reserva*, pues, desde el punto de vista técnico formal, la materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad, está deferida a la ley y el poder legislativo es el único autorizado para restringir los más elementales derechos humanos y constituirse, así, en un verdadero monopolio legislativo en la creación de la materia penal. Finalmente, se entiende de *intervención legalizada*, porque toca de lleno con

---

\* Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas por el autor dentro de la línea de investigación en Dogmática Penal, del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, al cual está adscrito como investigador y del cual es su líder.

<sup>1</sup> SOLER, Sebastián. Fe en el Derecho y otros ensayos. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956. p. 235.

<sup>2</sup> Cfr. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1983. p. 154.

la injerencia del poder punitivo estatal, que limita y controla con miras a lograr los cometidos del Derecho Penal mismo<sup>3</sup>.

Por eso, en tratándose de las fuentes del Derecho Penal objetivo (*ius poenale*) el proceso legislativo penal es su fuente formal, directa e inmediata, y no a través de cualquier ley penal sino de una estatutaria [cfr. art. 152 lit. a) de la Const. Pol.]; no es pensable, entonces, que la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina ocupen ese lugar aunque sí son, por supuesto, fuentes materiales de primer orden<sup>4</sup>.

De esta manera, los pronunciamientos emitidos por los funcionarios judiciales en uso de sus competencias solo compelen al funcionario de categoría inferior y a las partes que intervienen en el proceso, de resto no revisten ningún carácter de obligatoriedad; una excepción a este principio general es la llamada *doctrina probable*, en cuya virtud tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia, cuando actúa como tribunal de casación y que versen sobre un mismo punto de derecho a condición de que sean uniformes, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos (así lo dice, con toda claridad, la Ley 169 de 1896, art. 4º); por ello, recuérdese, el art. 17 del Código Civil señala que “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas*”.

A lo anterior, añádase, las sentencias de la Corte Constitucional poseen un efecto derogatorio, dado que un pronunciamiento de ese organismo que declare contraria a la Carta Fundamental una ley, tiene como consecuencia inmediata su exclusión del orden jurídico con efectos de cosa juzgada, como lo prevé el art. 243 de la Constitución: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”; por ello se afirma, con toda propiedad, que los tribunales constitucionales tienen un *poder legislativo negativo*, en el sentido de que pueden declarar sin vigencia una norma penal, aunque no pueden crear derecho.

Si ello es así, los fallos de la Corte no son fuente creadora del Derecho Penal pero sí son *fuentes negativas* en cuanto poseen capacidad de derogar lo que es contrario a la Carta; el asunto es tan claro en el ordenamiento vigente que la propia Constitución Política dispone en su art. 230 que “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad,*

<sup>3</sup> Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 172-173.

<sup>4</sup> Idem, p. 271 y ss.

la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

En fin, esto es así porque, como dice Maier para referirse al derecho argentino –también de origen continental–

...para nuestro sistema solo es posible fundar las decisiones jurídicas en la ley, por más que para entenderla o para descifrar su alcance se acuda a la aplicación práctica que ya ha tenido para casos similares, en esa rara mezcla de razonamiento jurídico y observación empírica que aplican los juristas y aun los neófitos para fundar sus decisiones. Sería para nosotros infundada una decisión que, prescindiendo de la ley y así de todo razonamiento normativo, pretenda fundar una decisión en la regla que extrae de una o varias decisiones judiciales anteriores<sup>5</sup>.

Por supuesto, algo que es tan claro desde la perspectiva del derecho positivo y del modelo de estado vigente en Colombia no debería suscitar ningún debate de *lege data* y los jueces, como ocurre en el presente caso, en vez de estar diseñando providencias para desconocer la Constitución se debieran dedicar a respetarla y a aplicarla.

**2. La crisis del principio de legalidad.** Planteamientos como los consignados en los apartes de la sentencia que se transcribe son producto de que en los Estados de Derecho contemporáneos –y Colombia no podía ser la excepción– el principio de legalidad ha hecho crisis y es objeto de múltiples ataques<sup>6</sup>, sobre todo en el ámbito del Derecho Penal. Ceñidos a este sector del ordenamiento jurídico, debe decirse que entre los diversos fenómenos que así lo posibilitan, se pueden nombrar los siguientes:

<sup>5</sup> Cfr. MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I, vol. A. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 164; y añade: “es la Constitución la que define el poder jurisdiccional como poder que ejercen los jueces, su alcance y limitaciones, y, al respecto, no ha habido, ni puede haber dudas en nuestro sistema jurídico, acerca de que las sentencias de los jueces no trascienden el caso particular, ni el juez puede estar limitado en su poder por otro instrumento que no sea la ley, cuya interpretación en los casos particulares que llegan a su conocimiento se le confía, por aquello de que «los jueces están sólo subordinados a la ley», como forma de preservación del Estado de Derecho (se entiende a la ley que no lesiona la Constitución erigiendo límites de la función jurisdiccional que ella no contiene o acordando a ciertos actos jurisdiccionales alcances que ella no regula)” (p. 169).

<sup>6</sup> Cfr. SARRABAYROUSE, Eugenio C. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración. En MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 31; BACIGALUPO, Enrique. Sobre la Justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal. En: MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 55 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. Nulla poena sin lege?, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1978, p. 3 y ss.

En primer lugar, es indudable que el Derecho Penal *es un producto histórico variable*, por lo cual es cambiante y se encuentra sometido a un constante proceso de desarrollo y evolución, como lo enseña la Sociología Jurídica<sup>7</sup>.

Así mismo, en segundo lugar, la *globalización y la integración supranacional* también inciden en la crisis que viven el Derecho Penal y el principio de legalidad<sup>8</sup>. Hoy, es bien sabido, se cuestiona con vehemencia el pensamiento jurídico y se afirma, incluso, el virtual agotamiento de sus patrones teóricos y analíticos como producto de que el Derecho positivo imperante no es compatible con el nuevo modelo; es más, se augura el derrumbamiento de toda la Dogmática jurídica como disciplina construida sobre ese derecho a lo largo de los años<sup>9</sup>.

En tercer lugar, se ha producido una evidente *tergiversación del modelo de Estado* como sucede en el ámbito colombiano gracias al trastrocamiento de las categorías conceptuales propias del Derecho Constitucional, la Teoría del Estado y el Derecho Político, porque –según ya se dijo– pese a que la Constitución diseña como modelo de organización social el propio de un Estado de Derecho social y democrático, algunos pretenden que el patrón vigente es el de un *Estado constitucional de Derecho*<sup>10</sup>.

A lo anterior, agréguese en cuarto lugar, el creciente *expansionismo penal* lo cual se observa a través de la introducción de un derecho penal máximo –por oposición a uno en situación de contracción, mínimo– de la mano de corrientes políticas autoritarias, que es presa de una notoria inflación legislativa y solo ve en el encarcelamiento la única herramienta de lucha contra la criminalidad<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. CARBONNIER, Jean. Derecho flexible. Una sociología no rigurosa del Derecho, traducción y prólogo de José Luis Díez Picazo. Madrid: Editorial Tecnos, 1974, p. 16.

<sup>8</sup> Véase, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Globalización y Derecho Penal. En: El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Valencia: Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Tirant lo Blanch, 2004, p.185 y ss.

<sup>9</sup> Véase FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada, trad. de Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta, 2001, p. 43.

<sup>10</sup> No obstante, bajo el ropaje de este modelo de Estado se habla de un imprecisado “Estado social de Derecho” (por ejemplo, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El «nuevo derecho» en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? En: Revista de Derecho, num. 29. Bogotá: Universidad del Norte-Barranquilla, 2008, p. 292 y 306; contra ese mal entendimiento, con toda razón, TAMAYO JARAMILLO, Javier. Hermenéutica constitucional y legal al rescate de la pureza del derecho, s/f, págs. 37 y ss. [en línea]. Disponible en: [http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1\\_JTJ/T1\\_JTJ\\_LIBRO.pdf](http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JTJ/T1_JTJ_LIBRO.pdf).) [fecha de la consulta: cuatro de junio 2013].

<sup>11</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 357 y ss.

Además, en quinto lugar, se observa cómo se avanza en la *construcción de un derecho penal simbólico* infestado de normas penales que no nacen para ser aplicadas, de tal manera que los ordenamientos jurídicos terminan convertidos en los depositarios de una buena parte de la violencia emblemática que requiere toda sociedad para lograr cierta cohesión en sus prácticas y valores<sup>12</sup>.

Es más, en sexto lugar, de la mano de lo anterior se observa una profunda *descodificación del Derecho Penal* por lo cual los Códigos Penales pierden su unidad y armonía<sup>13</sup>, hasta convertirse en meras compilaciones sin ningún orden y guía teóricos, como sucede con el colombiano que, a la fecha de este escrito, lleva cincuenta y dos reformas pese a sus doce años de vigencia.

A lo anterior agréguese, en séptimo lugar, la *presencia de un derecho judicial* en cuya virtud los propios jueces –sin olvidar sus logros y aciertos–, de la mano de las corrientes que se autoproclaman como herederas del mal llamado “Nuevo Derecho”<sup>14</sup>, han decidido dar múltiples saltos al vacío como se plasma en distintos pronunciamientos de los organismos encargados de administrar Justicia. Así sucede cuando proclaman el imperio de institutos como la imprescriptibilidad de la acción penal; aplican de forma retroactiva la ley penal en desfavor del reo; afirman la constitucionalidad de los tipos penales indeterminados; claman por la conformidad con la Carta Fundamental de penas privativas de la libertad de muy larga duración; postulan la aplicación directa de los tratados internacionales sin que pasen por el tamiz del Congreso de la República ni sean desarrollados por las leyes; introducen, en contra del articulado de la Carta Fundamental, la responsabilidad penal de las personas jurídicas; implantan consideraciones de tipo peligrósista, propias de un Derecho penal de autor, en contravía de uno de acto, al pregonar institutos como la reincidencia; desconocen elementales principios en materia de la valoración de los medios de prueba como el testimonio, para darle credibilidad a los integrantes de los llamados “carteles de testigos”; repudian el debido proceso para hacer de este supremo axioma un cajón de sastre donde se resguardan todas las iniquidades; reniegan de la Constitución cuando, en su art. 152, prevé que la expedición y las reformas a la ley penal sustantiva, procesal y de ejecución, se deben hacer por la vía de la ley estatutaria; etc., etc.

---

<sup>12</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho Penal simbólico y efectos de la pena, en AA. VV.: Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 147 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. PASTOR, Daniel R. Recodificación penal y principio de reserva de código. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 253; sent. C-129 de 30 de marzo 1995.

<sup>14</sup> Cfr. GARCÍA JARAMILLO, El “nuevo derecho” en Colombia, Op. cit., p. 302 y 305: “En el paradigma neoconstitucional, el juez se vuelve el factor principal en la ecuación jurídica, pues son los mecanismos jurisdiccionales los encargados de garantizar los postulados constitucionales”.

A todos los fenómenos anteriores se debe agregar, en octavo lugar, la *ausencia de una teoría de la legislación*, lo que posibilita el crecimiento sin control de una actividad legiferante no sometida a ninguna regla ni principio, que se torna en una verdadera “selva legislativa”<sup>15</sup> –incluidos los residuos no desechados– que nadie conoce, interpreta y es capaz de aplicar.

Adicional a lo ya dicho, en noveno lugar, se observa un marcado *desorden en la interpretación y aplicación de la ley penal*, como producto de la falta de preparación de muchos Jueces –¡ahora, en medio del culto los sistemas, se les llama “operadores judiciales”!– quienes no solo muestran en su quehacer cotidiano una armazón teórica y humanista muy deficientes, sino que no están en condiciones de interpretar y aplicar a cabalidad la herramienta que administran; en lugar de una buena armazón académica, pues, opera la intuición y con ella la inseguridad jurídica.

En fin, a todo ello súmense en décimo lugar *la incultura ciudadana, la ausencia de Estado y la justicia privada*, fruto de que en países como éste abundan el irrespeto por el Derecho y la cultura de la legalidad, a lo cual se suman la ausencia de Estado en grandes zonas de la geografía nacional y las plurales manifestaciones de la Justicia privada –piénsese, por ejemplo, en las llamadas “justicias paralelas” ejercidas por grupos guerrilleros, paramilitares, de limpieza social o bandas criminales, etc.–, que potencian el retorno a las épocas más primitivas del Derecho Penal. Esto sin olvidar las formas clandestinas de administrar justicia penal, el llamado “Derecho Penal subterráneo”<sup>16</sup>, fruto del ejercicio de un control social no institucionalizado o parainstitucional, efectuado a través de conductas ilícitas<sup>17</sup>.

**3. La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal y la obligatoriedad (¡relativa!) de los precedentes judiciales.** En el contexto anterior, entonces, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la reciente decisión aquí inserta –que no es aislada y se edifica en torno a pronunciamientos anteriores del mismo organismo<sup>18</sup> y de la propia Corte

<sup>15</sup> Así SARRABAYROUSE. Op. cit., p. 36.

<sup>16</sup> Sobre ello, LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. Política criminal del estado en Colombia. *En: De jure-Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* No. 9, julio-diciembre de 2007. O Belo Horizonte, 2007, p. 15.

<sup>17</sup> Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 15.

<sup>18</sup> Por ejemplo, la misma providencia cita la sent. del 1° de febrero de 2012, radicado: N°. 34853, emitido por la Sala que, en tratándose de un caso de tráfico de drogas ilícitas, se ocupa del tema, para afirmar –como lo dice el proveído en comentario–: “*En este orden de ideas, resulta claro y en la actualidad es difícilmente sostenible a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo. Sin duda las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento jurídico, naturaleza que la dota de fuerza*”



Constitucional<sup>19</sup>, aunque no con los alcances de ahora— pretende que la jurisprudencia emitida por ella es fuente formal del Derecho Penal; se trata, sin duda, no solo de un crudo y gravísimo ataque contra el principio de legalidad de los delitos y de las penas sino de una grave estocada propinada a la Constitución, que no pueden pasar desapercibidos.

El golpe de mano dado a la Constitución, por más rebuscadas que sean las explicaciones para desconocer el texto del art. 230, es apenas evidente: si la Carta Fundamental dice que “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley*” y que “*la jurisprudencia*” apenas constituye un “*criterio auxiliar de la actividad judicial*”, no se necesitan muchos razonamientos para concluir que en la cúspide de todo el orden jurídico está –y solo él– el principio de legalidad. El argumento que emite la Sala de Casación Penal en sentido diverso<sup>20</sup> es, a todas luces, sofisticado: “... *el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez solo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia*”. ¡La ley, pues, no es la jurisprudencia, y solo una manera indebida de razonar –contraria a los mandatos de la lógica– puede pretender que lo que no es “ley” se vuelva “ley”!<sup>21</sup>

Por eso, no son aceptables desde la perspectiva de un Derecho Penal liberal que hunde sus raíces en el legado de occidente –de un Derecho Penal asentado en los principios democráticos–, afirmaciones como aquella según

---

*vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, siempre que se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-086 de 2001*”. También: sent. de nueve de febrero de 2009, radicado: 30571; sent. de seis de mayo de 2010, radicado: 33331; Sent. de revisión del 19 de mayo de 2010, radicado: 32310; Auto del 18 de febrero de 2009, radicado: 30775; Auto del 16 de abril de 2009, radicado: 31115; Auto del 28 de abril de 2010, radicado: 33659; y Auto del 19 de septiembre de 2011, radicado: 36973.

<sup>19</sup> Antecedentes que deben ser tenidos en cuenta son, entre otros: sents. C-131 de 1993, C-083 de 1995, T-123 de 1995, SU-049 de 1997, C-447 de 1997, C- 252 de 2001, C-836 de 2001 –que, al violentar el texto claro del art. 230 de la Constitución, pretende que la jurisprudencia es “precedente judicial obligatorio”, SU-120 de 2003; C-539 de 2011 y la ya citada C-634 de 2011, esta última decisión se ocupa del asunto para declarar constitucional el art. 10 de la Ley 1437 de 2011, en materia de derecho administrativo, que regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

<sup>20</sup> Al efecto, se apoya en la sent. C-836 de 2001.

<sup>21</sup> Sobre ello, BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente en Colombia. En: Revista Derecho del Estado N°. 21, diciembre de 2008, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 81 y ss. Este autor, no obstante, saluda con simpatía (p. 93 y ss.) y legitima este “cambio” a pesar de que advierte que el derecho vigente en Colombia es el propio de un “sistema de derecho continental”.

la cual “... en la actualidad es difícilmente sostenible, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo”; y no lo es, porque, que se sepa, Colombia todavía no se ha dado un modelo de Estado que se compadezca con el propio de los países anglosajones ni en nuestro país –por más que así se desee– rige ese derecho; es más, tampoco es cierto que el precedente judicial sea aquí obligatorio (¡aunque para matizar se dice que no lo es en sentido “absoluto”!) y que la técnica que él supone pueda sustituir, reemplazar y, mucho menos, derogar el principio de legalidad. En fin, como recuerda Castillo Alva, para referirse a un ordenamiento hermano: “el valor y uso del precedente está en función de que se respeten los alcances del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, el cual eleva al principio de legalidad en pilar fundamental del mismo”<sup>22</sup>.

**4. La nueva acuñación del tipo penal de prevaricato.** Sin embargo, la dificultad de este tipo de decisiones no se queda solo en el discurso inconstitucional que las acompaña –que, por supuesto, se puede defender de *lege ferenda* pero no de *lege data*–, sino que desencadena efectos prácticos de proporciones. En efecto, pese a que la Sala se cuida de citar algunas providencias en las que se señalan los alcances del delito de prevaricato, la verdad es que a partir de este pronunciamiento –aunque el asunto había sido debatido por la Corte Constitucional, con unos alcances bien distintos<sup>23</sup>– la conducta punible en examen ya no se estructura cuando un sujeto activo calificado, para el caso un juez de la República, “profiera resolución, dictamen o concepto **manifiestamente contrario [sic] a la ley**” (cfr. art. 413 del C. P.), sino cuando esa decisión no se ajuste a los dictados de la “jurisprudencia”, esto es, la decisión que redacte el juez de turno con sus amanuenses, no importa si ella es contraria o no al orden jurídico, porque con ese punto de partida ya

<sup>22</sup> Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. “El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho Peruano, p. 18. [en línea]. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_46.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_46.pdf). [fecha de la consulta: diez de junio de 2013].

<sup>23</sup> Cfr. Sent. C-335 de 2008 que declaró exequible el art. 413 del C. P.; en cual se dijo: “El delito de prevaricato por acción no se comete por una simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general” (subrayas y cursivas añadidas); no obstante, advierte: “Existen casos en los cuales un servidor público incurre en el delito de prevaricato por acción, no por desconocer simplemente la jurisprudencia sentada por una Alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”; se acuña, pues, el prevaricato cuando se desconocen “precedentes constitucionales”, con el argumento —no cierto desde la perspectiva constitucional— de que el sistema de fuentes ha cambiado en el ordenamiento colombiano.

nada lo es; todo, pues, “se ajusta” a la Constitución bajo los dictados del “Nuevo Derecho”.

Dicho de otra manera: resulta arbitrario y caprichoso que a un funcionario adscrito a la Justicia se le condene porque “... la trasgresión a la ley y a la jurisprudencia fue ostensible y palmaria, no solamente por la clara contrariedad entre lo decidido y la postura judicial vigente, sino porque su superior, en una ocasión anterior, le advirtió al hoy procesado que su discrepancia no era de recibo por contravenir una decisión de la Sala de Casación Laboral” y no porque, con su decisión, violentó de forma manifiesta la ley como debió decirse si es que ello se encontraba plenamente comprobado; bien recuerda Sebastián Soler: “Y lo que ocurre con el ciudadano pasa también con el magistrado que aplica la ley en un caso concreto. Este puede de hecho, así como puede el delincuente, poner su propia escala de valores y apoyarla en un plano que no coincida con el de la valoración objetiva de la norma. Esto es lo que constituye para nosotros el prevaricato”<sup>24</sup>.

En otras palabras: la decisión expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia –¡que ni siquiera actúa como tribunal en sede de casación para poder invocar la *doctrina probable*<sup>25</sup>!– no solo desconoce las bases sentadas por la propia Corte Constitucional –que también, de forma contraria a la Ley Fundamental del Estado<sup>26</sup>, fabricó su propia concepción del delito de prevaricato por desconocimiento de sus precedentes al suplantarse al legislador– cuando se ocupó de la conformidad o no del art. 413 con la Carta Fundamental<sup>27</sup>, sino que tira por la borda más de cien años de evolución de la jurisprudencia en materia de prevaricato.

---

<sup>24</sup> SOLER, Op. cit., p. 212.

<sup>25</sup> Recuérdese que, según el art. 4º de la ley 169 de 1896, este instituto supone la existencia de tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho cuando ella actúa como tribunal de casación, y los jueces podrán –¡no están obligados!– aplicarla en casos análogos.

<sup>26</sup> Esta decisión ha sido duramente cuestionada por MARRUGO NÚÑEZ, Nubia Mildreth. Argumentación y observancia del precedente jurisprudencial. En: *Advocatus*, Edición especial No. 19. Barranquilla: Universidad Libre Seccional, 2012, p. 193, quien afirma: “... es un total desatino por parte de la Corte, pues, desconoce la libertad de pensamiento, la independencia que se profesa de nuestros juzgadores, la dinámica de la sociedad que precisamente se encuentra protegida por los criterios auxiliares del Derecho, pero que en todo momento están limitados por nuestra ley, que igual es creada por los representantes del pueblo, no por precedentes que atienden a un momento histórico determinado ni a un estadio perenne de la sociedad”.

<sup>27</sup> Dice en la citada Sent. C-335 de 2008: “La contradicción de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, per se, como fuente autónoma del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”.

5. *La necesidad de darle coherencia al sistema.* Además, es necesario referirse a una de las consideraciones que la providencia invoca para reivindicar la “fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes”, como si se tratara del sistema vigente en Inglaterra y en los Estados Unidos<sup>28</sup>, en atención a que con ello garantiza “la coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos”. Desde luego, esa es una de las ventajas del precedente judicial donde la organización social y política lo tolera, pero para que en un país como Colombia –que, se repite, no lo admite en su ordenamiento– se pueda hablar de la coherencia del sistema penal sería necesario contar con jueces altamente calificados, con una gran formación en el ámbito del Derecho Penal; esto es, se requerirían tribunales que jalonaran un sistema del Derecho Penal construido a partir de las elaboraciones propias de la Ciencia del Derecho Penal o Dogmática Penal y no con base en la intuición, las veleidades o la corriente de moda, como ahora sucede.

Eso no es posible porque los mismos jueces que ahora se autoproclaman los supremos legisladores –¡cual Solón en Atenas!– fomentan la inseguridad jurídica y el caos institucional y se han dejado llevar por el irracionalismo, la improvisación y el facilismo; han caído en lo que Ferrajoli denomina “el Decisionismo judicial”<sup>29</sup>. Así las cosas, pretender legitimar semejante exabrupto en la necesidad de darle “coherencia” al sistema –algo que nadie niega se requiere– no deja de ser un ejercicio sofisticado porque quienes lo invocan hacen de todo, menos construirlo. En tales condiciones, pues, no es posible decir con Bacigalupo, cuando mira las relaciones entre la doctrina y la jurisprudencia, que a futuro “... será deseable que la función de la Ciencia del Derecho no se limite a la crítica del legislador y que también asuma la tarea de discutir, con criterios científicos, las soluciones de los tribunales, apoyándolos, rechazándolos, o proponiendo alternativas a las mismas”<sup>30</sup>, porque aquí todo diálogo se cierra.

---

<sup>28</sup> Véase CROSS, Rupert/HARRIS, James W. El precedente en el Derecho inglés, traducción de María Angélica Pulido. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 23 y ss., 195 y ss.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 43.

<sup>30</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? En: RECO, Luís/MARTINS, Antonio (Organizadores). DIREITO PENAL COMO CRÍTICA DA PENA. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons-Ediciones do Brasil, 2012, p. 19.

**6. La pretextada confianza de la comunidad.** También, requiere ser examinada la aseveración de muy dudosos tintes ideológicos según la cual esa “coherencia del sistema” “constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes”.

Por supuesto, si no hay sistema –y los máximos tribunales de justicia colombianos son los mejores ejemplos de que ello no es posible–, la afirmación subsiguiente, en el sentido de que el mismo es uno de los presupuestos del principio de confianza, también se derrumba como un castillo de naipes porque ocurre todo lo contrario: sin sistema no hay confianza y los asociados terminan por recelar de sus jueces, algunos más dedicados a las actividades publicitarias que a administrar verdadera justicia; lo que se ha destruido en Colombia y a ello contribuye en grado notable esta decisión y las que le secundan, es la seguridad jurídica, entendida con Hans Kelsen como el hecho de que “las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento”<sup>31</sup>.

Ahora las decisiones jurídicas, para recordar a Gimbernat Ordeig, son cuestión de pura lotería y no sabemos qué papel cumple la Dogmática Jurídico-penal; por eso, no está de más recordar aquí sus brillantes palabras: “La dogmática nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del Derecho Penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite”<sup>32</sup>.

**7. El impedir la discrecionalidad del juez inferior.** Otro de los argumentos que se expone para edificar –¡cual caballo de Troya como artilugio para introducirse

<sup>31</sup> Cfr. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, 2ª edición, trad. de Roberto Vernengo. México: Editorial Porrúa, 1991, p. 260.

<sup>32</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 158.

en la ciudad fortificada!– el carácter de fuente formal de la jurisprudencia en materia penal, es aquel según el cual *“Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida”*.

Por supuesto, se trata de una afirmación también fatua porque si lo que se pretende con la erección de un sistema de precedente judicial es apuntalar la falta de discreción de los funcionarios inferiores, ante la ausencia de éste lo que termina por imponerse es el capricho y la arbitrariedad; el decisionismo judicial del que –dice FERRAJOLI– equivale a la “arbitrariedad de los jueces y de los criterios sustanciales subjetivamente considerados por ellos en la identificación de los presupuestos de la pena: y tanto si aquélla procede del carácter indeterminado y lo valorativo de la definición legal de la desviación, como si, en cambio, proviene del carácter incontrolado de su comprobación judicial”<sup>33</sup>.

En otras palabras, el instrumento diseñado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema –que, sin duda, tiene en este contexto una marcada vocación autoritaria– solo sirve para acallar a los subordinados e imponerles el capricho judicial; es, de nuevo, arbitrario, y se lleva de calle todo el ordenamiento jurídico; ninguna “autonomía e independencia judicial” es posible garantizar cuando quien detenta el poder azuza con el látigo del prevaricato y, por consiguiente, con el fuste de la cárcel, a quien no cumpla con sus amenazas. Esto es, una manera velada de criminalizar al opositor; un mecanismo puesto en escena a lo largo de los últimos años en Colombia que, además, rememora terribles experiencias vividas en otros períodos de la historia reciente<sup>34</sup>.

**8. El gobierno o el derecho de los jueces.** Todo apunta, pues, a que los máximos jueces colombianos –y no solo mediante la sentencia objeto de comentario, porque el asunto data de poco más de veinte años desde que la Corte Constitucional y, con ella, los altos tribunales de Justicia se desbocaron cual briosos corceles sin rienda ni control alguno– han construido, de forma lenta pero segura, a punta de “jurisprudencias”, y ahora de amenazantes prevaricatos, un verdadero “gobierno de los jueces”<sup>35</sup> o un “derecho de los jueces”<sup>36</sup>. Dicho de otra manera: los vientos de cambio y de renovación que

<sup>33</sup> Cfr. FERRAJOLI, Derecho y Razón, Op. cit., p. 46.

<sup>34</sup> Recuérdese, por ejemplo, lo sucedido durante el régimen nazi. Cfr. MÜLLER, Ingo. Los juristas del horror, traducción de Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009, p. 130.

<sup>35</sup> La expresión es utilizada por LAMBERT, Edouard. El gobierno de los jueces, traducción de Félix de la Fuente y Estudio Preliminar de Luis Pomed. Madrid: Tecnos, 2010.

<sup>36</sup> Esta denominación la emplea, con hondo sentido autoritario y al proclamar un “Nuevo Derecho”, LÓPEZ MEDINA, Diego: El Derecho de los Jueces. Bogotá:

se auguraban con la Constitución de 1991 han terminado por dar lugar a una “constitución judicial” que es manejada por los jueces de turno a su antojo, quienes criminalizan a sus inferiores, a la oposición, al Ejecutivo y al Legislativo –aunque también estos últimos bastiones del poder público, a lo largo de los últimos años, han dado ejemplos aberrantes de desconocimiento del Estado de Derecho, el más reciente de los cuales es el “entierro” de tercera clase y de espaldas a la Carta Fundamental que se le dio a la Reforma a la Administración de Justicia, bajo la égida del Presidente de la República (quien, a propósito, todavía no responde ante los tribunales por las posibles infracciones a la ley penal en que pudo haber incurrido), que había sido “negociada” con los jueces de turno<sup>37</sup>–, cuando no se pliegan a sus dictados. Las palabras del Obispo Hoadley, recordadas por Lambert, son bien dicentes: “cuando uno tiene autoridad absoluta para interpretar leyes escritas u orales, él es en realidad el legislador en todos los sentidos y a todos los efectos, y no la persona que las ha escrito o dictado”<sup>38</sup>.

**2. Conclusión.** Muy grave es lo que hoy sucede en Colombia desde el punto de vista institucional si se tiene en cuenta que el Estado de Derecho Social y Democrático diseñado por el constituyente de 1991, como un instrumento para posibilitar una sociedad mejor, yace moribundo a los pies de los jueces quienes no solo olvidan que la obediencia de ellos al derecho es necesaria, sino que “constituye una lección ejemplificadora y decisiva para los demás poderes públicos y los ciudadanos, pues no podrían exigir el cumplimiento de las leyes, imponer sanciones o adoptar otras medidas, si es que primero ellos no las cumplen, de manera adecuada”<sup>39</sup>.

El caso decidido por la Sala de Casación Penal como Juez de segunda instancia es una muestra de ello: al juez promiscuo imputado se le condena como prevaricador no por desconocer de forma manifiesta el orden jurídico, sino los “obligatorios” precedentes judiciales, sin que nadie sepa de donde derivan esa supuesta fuerza vinculante; para decirlo en otras palabras:

---

Editorial Legis, 2001; 2ª. edición, Bogotá, Editorial Legis/Universidad de los Andes, 2006, quien reniega del derecho escrito y, por supuesto, del principio de legalidad de los delitos y de las penas. Para una crítica radical de esa postura –una de las responsables en el plano teórico del actual desbarajuste institucional–, véase: TAMAYO JARAMILLO, Javier. El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *En*: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 36 No. 105, julio-diciembre de 2006. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2006, p. 361 y ss.; TAMAYO JARAMILLO, Javier. Manual de Hermenéutica Jurídica. Análisis constitucional, legal y jurisprudencial –extracto adoptado y adicionado de la obra “La decisión judicial”. Medellín: Diké, 2013, p. 53 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. SEMANA. Reforma a la Justicia: todos quedaron mal. Revista Digital Semana, 23 de junio de 2012. [En línea]. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/reforma-justicia-todos-quedaron-mal/259994-3> [fecha de la consulta: diez de junio de 2013].

<sup>38</sup> LAMBERT, Op. cit., p. 69.

<sup>39</sup> CASTILLO ALVA, Op. cit. p. 3.

“el principio *nullum crimen sine lege* queda confundido con el principio *nullus iudex sine lege*. Para que haya sentencia, basta que haya juez”<sup>40</sup>. ¡Es la sinrazón, la arbitrariedad, el atropello...!

**10. Bibliografía.** Los textos que se pueden consultar son los siguientes:

ARCOS RAMÍREZ, Federico. La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho: de la previsibilidad a la argumentación. En: Anuario de Filosofía del Derecho, No. 19, 2002. Madrid: Ministerio de Justicia, 2002, p. 191 y ss.

BACIGALUPO, Enrique. Sobre la Justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal. En: MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 55 y ss.

-----. ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? En: GRECO, Luís/MARTINS, Antonio (Organizadores). DIREITO PENAL COMO CRÍTICA DA PENA. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons-Edições do Brasil, 2012, p. 13 y ss.

BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente en Colombia. En: Revista Derecho del Estado N°. 21, diciembre de 2008, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 81 y ss.

CALAMANDREI, Piero. Fe en el Derecho, traducción y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Marcial Pons, 2009.

CARBONNIER, Jean. Derecho flexible. Una sociología no rigurosa del Derecho, traducción y prólogo de José Luis Díez Picazo. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

CASTILLO ALVA, José Luis. El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho Peruano. [En línea]. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_46.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_46.pdf). [fecha de la consulta: diez de junio de 2013].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-049 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-447 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 252 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-120 de 2003.

---

<sup>40</sup> SOLER, Fe en el Derecho, Op. cit., p. 239.



CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335 de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634 de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 1º de febrero de 2012, radicado: N°. 34853.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de nueve de febrero de 2009, radicado: 30571.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de seis de mayo de 2010, radicado: 33331.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de revisión del 19 de mayo de 2010, radicado: 32310.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 18 de febrero de 2009, radicado: 30775.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 16 de abril de 2009, radicado: 31115.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 28 de abril de 2010, radicado: 33659.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 19 de septiembre de 2011, radicado: 36973.

CROSS, Rupert/HARRIS, James W. El precedente en el Derecho inglés, traducción de María Angélica Pulido. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1983.

------. Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático. Madrid: Civitas, 1978.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho Penal simbólico y efectos de la pena. En: AA. VV.: Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 147 y ss.

------. La Política Criminal en la encrucijada. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2007.

FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada, trad. de Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y colaboradores. Madrid: Trotta, 1995.

------. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El “nuevo derecho” en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? En: Revista de Derecho, num. 29. Bogotá: Universidad del Norte-Barranquilla, 2008, p. 289-330.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, 2ª edición, trad. de Roberto Vernengo. México: Editorial Porrúa, 1991.

LAMBERT, Edouard. El gobierno de los jueces, traducción de Félix de la Fuente y Estudio Preliminar de Luis Pomed. Madrid: Tecnos, 2010.

LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. Política criminal del estado en Colombia. En: De jure-Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, No. 9, julio-diciembre de 2007. Belo Horizonte, 2007, p. 13 y ss.

LÓPEZ MEDINA, Diego: Bogotá: Editorial Legis/Universidad de los Andes, séptima reimpresión, 2009

----- . 2ª. edición. Bogotá: Editorial Legis/Universidad de los Andes, 2006.

----- . 1ª. edición. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Editorial Legis, 2001.

MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I, vol. A. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

MARRUGO NÚÑEZ, Nubia Mildreth. Argumentación y observancia del precedente jurisprudencial. En: Advocatus, Edición especial No. 19. Barranquilla: Universidad Libre Seccional, 2012, p. 189 y ss.

MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012.

MORENO ORTIZ, Luis Javier/LOZANO MARTÍNEZ, Carlos Enrique. Fuero y desafueros. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2011, con prólogo de Fernando Velásquez Velásquez.

MÜLLER, Ingo. Los juristas del horror, traducción de Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009.

PALAZZO, Franceso. La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la *regla iuris*, trad. de Irene Sánchez Melero y Susana Barón Quintero. En: Revista Penal, num. 25, p. 104 y ss. [En línea]. Disponible en: [www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/.../3](http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/.../3) [fecha de la consulta: quince de junio de 2013].

PASTOR, Daniel R. Recodificación penal y principio de reserva de código. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

SEMANA. Reforma a la Justicia: todos quedaron mal. Revista Digital Semana, 23 de junio de 2012. [En línea]. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/>

articulo/reforma-justicia-todos-quedaron-mal/259994-3 [fecha de la consulta: diez de junio de 2013].

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. Legalidad (principio de) Derecho Penal. En: Nueva Enciclopedia Jurídica, t. XIV. Barcelona: Seix, 1971, p. 882 y ss.

SARRABAYROUSE, Eugenio C. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración. En: MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 31 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd. Nulla poena sin lege? Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1978.

SOLER, Sebastián. Fe en el Derecho y otros ensayos. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Hermenéutica constitucional y legal al rescate de la pureza del derecho, s/f, págs. 37 y ss. [En línea]. Disponible en: [http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1\\_JT/T1\\_JT\\_LIBRO.pdf](http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JT/T1_JT_LIBRO.pdf).) [fecha de la consulta: cuatro de junio 2013].

------. El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 36 No. 105, julio-diciembre de 2006. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2006, p. 361 y ss.

------. Manual de Hermenéutica Jurídica. Análisis constitucional, legal y jurisprudencial –extracto adoptado y adicionado de la obra “La decisión judicial”–. Medellín: Diké, 2013.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. El principio de legalidad jurídico-penal. En: NFP, núm. 32. Bogotá: Temis, 1986, p. 252 y ss.

------.Derecho Penal, Parte General, dos tomos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

------. La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. En: Cuadernos de Derecho Penal No. 7. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2012, p. 91 y ss.

------. Globalización y Derecho Penal. En: El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Valencia: Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation/Tirant lo Blanch, 2004, p. 185 y ss.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, trad. de Marina Gascón. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997.

## C. SEGUNDO COMENTARIO

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ\*.

*“El derecho ha venido perdiendo, cada vez más, su doble función, de certeza y de justicia”*

(Francesco Carnelutti<sup>1</sup>)

**1.** *El derecho al disenso.* Como si se tratara de una verdad absoluta, sobre la cual nadie osaría disentir, la sentencia objeto de este comentario autocalifica su pensamiento de la siguiente manera: *“En este orden de ideas, **en la actualidad es difícilmente sostenible**, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, **afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo**”* (resaltado fuera del texto). Es decir, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se arroga la facultad de determinar sobre qué se puede y sobre qué no se puede discutir en el ámbito del Derecho Penal.

Ahora bien, sin ser poseedores de la verdad absoluta, como es apenas natural, este comentario se propone sentar algunas bases que permitan avivar el debate y recordar que el Derecho Penal ha recorrido un largo camino en el cual la discusión y la reflexión han sido pilares de su fructífera evolución; por ello, considerar que es difícilmente sostenible, *afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho* equivale a silenciar la disputa y dar por sentados, como verdades infranqueables, argumentos jurídicos que son, claramente, más que discutibles.

**2.** *El principio de legalidad.* Este apotegma, al lado del principio de no retroactividad –en realidad una derivación del primero–, se constituyen en los baluartes de un derecho penal en función de la libertad del individuo<sup>2</sup>, se trata, como se ha dicho, de una garantía para los ciudadanos<sup>3</sup>. Desde luego, el primer contenido del principio de legalidad es producto de la reserva de ley en materia penal, esto es, de la unificación de las fuentes normativas penales en manos del poder legislativo<sup>4</sup>.

---

\* Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas por el autor dentro de la línea de investigación en Dogmática Penal, del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, al cual está adscrito como investigador.

<sup>1</sup> CARNELUTTI, Francesco. La morte del diritto. En: BALLADORE, Giorgio *et al.* La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, Padova, 1953, p. 177.

<sup>2</sup> BETTIOL Giuseppe. Aspetti politici del diritto penale contemporaneo. Palermo: G. Priulla Editore, 1953, p. 40.

<sup>3</sup> ANTOLISEI, Francesco. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Quinta edizione, Milano: Giuffrè, 1963, p. 43.

<sup>4</sup> BRICOLA, Francesco/ZAGREBELSKI, Vladimiro. Codice Penale, Parte Generale, Vol I, 2ª Ed. Torino: UTET, 1996, p. 17.

Este aserto lo confirma el art. 29 de la Carta Política, según la cual “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”. Así, entonces, resulta que el principio de legalidad no solo está constitucionalizado con respecto al hecho, sino, además, en relación con la pena.

De esta manera, la constitucionalización del principio de legalidad es un paso importante hacia su efectividad<sup>5</sup>; así mismo, como corolario de lo anterior, encontramos la constitucionalidad del principio de taxatividad con la expresión contenida en el art. 28 del Texto Superior, según el cual, la pérdida de la libertad está sujeta a un “*motivo previamente definido en la Ley.*” De modo que la definición previa en la ley alude a la claridad con que deben ser redactadas las normas penales.

A este respecto, es evidente que el proceso legislativo es el acto por excelencia de producción de las normas penales. La ley, pues, busca ofrecer las garantías requeridas para la tutela de los bienes e intereses sobre los cuales inciden las normas penales<sup>6</sup>. De esta manera, un derecho penal de la libertad no puede renunciar a la conquista civil del *nullum crimen nulla poena sine lege*<sup>7</sup>.

**3. Las fuentes del Derecho Penal objetivo.** El concepto de fuentes del derecho alude a determinar cuáles son los actos creadores del derecho<sup>8</sup>; históricamente, son un reflejo de determinada época: por ejemplo, en el periodo absolutista el poder emanaba del soberano, en consecuencia la diferenciación de las fuentes no era más que una reflexión de índole teórico. Luego, con la Revolución Francesa, los principios garantísticos del iluminismo jurídico se manifestaron en el triunfo político de la ley como fuente única y privilegiada en los países de tradición democrática liberal, de suerte que los principios en esta materia se manifestaron en la fuente legislativa<sup>9</sup>.

Ahora bien, si las fuentes del derecho son mecanismos que un determinado ordenamiento legítima para producir el Derecho Penal<sup>10</sup>, la pregunta es:

---

<sup>5</sup> VINCIGUERRA, Sergio. *Diritto Penale Italiano*, Vol. I, 2ª Ed. Padova: CEDAM, 2009. pág. 85.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>7</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*. 7ª Ed. Padova: CEDAM, 2011, p. 12.

<sup>8</sup> AZARA, Antonio/EULA, Ernesto (Directores). *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VII. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1961, p. 525.

<sup>9</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli Ed. 2006, p. 91.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 90.

¿dónde se disciplina esta materia? Sin duda, es un problema de talante constitucional, cuya solución se encuentra en la Carta Política<sup>11</sup>.

En esta línea de argumentación, emergen dos interrogantes de carácter político y jurídico: por un lado, cuál es la autoridad política legitimada para emanar las normas penales y, por la otra, cuál tipo de acto debe ser el contenedor de las normas jurídicas<sup>12</sup>.

Al respecto, es claro que la única autoridad política que está legitimada para emanar las normas penales es el Congreso de la República y el acto contenedor de dichas normas se concreta en el proceso legislativo penal, a partir de la cual la ley se erige en la única fuente formal, directa e inmediata del Derecho Penal objetivo<sup>13</sup>.

Si la situación es así, como lo establece la Constitución, ¿por qué tendríamos que ocuparnos de esta materia?

**4. La crisis en las fuentes del Derecho Penal.** La expresión crisis, a primera vista, tiene más valor emocional que lógico; desde luego, cuando se habla de esa idea se alude a un periodo difícil pero que pasará; por ello, en la crisis está implícita, también, la idea de esperanza<sup>14</sup>.

Igualmente, se dice que la crisis de un sistema se expresa cuando en un momento de su vida, al estar sometido al máximo esfuerzo, logra descubrir su valor<sup>15</sup>. O, incluso, el uso común y corriente de la palabra, tiene algo de resolutivo: una ilusión que se desvanece, una verdad que se conquista, tal como nosotros los juristas –dice Carnelutti–, pobres ilusos, necesitamos<sup>16</sup>.

Ahora bien, de cara al estado de la cuestión que se debate, se puede evidenciar algo de cada uno de los significados de crisis decantados: de una parte, se trata de un periodo difícil aquel en el cual el principio de legalidad está en juego<sup>17</sup>; por otra parte, el máximo esfuerzo al que está sometido este apotegma, logrará, tal vez, recobrar su valor; y, finalmente, deja algo para

<sup>11</sup> Ibid., p. 91.

<sup>12</sup> VINCIGUERRA, Op. cit. p. 83.

<sup>13</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 172-173.

<sup>14</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. L'ambiguetà del diritto contemporaneo. En: BALLADORE, Giorgio *et al.* La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, 1953, p. 13.

<sup>15</sup> CARNELUTTI, Op. cit., p. 183.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Entre las causas de la crisis del principio de legalidad encontramos la jurisprudencia y su continua tendencia de corregir interpretativamente los supuestos errores de las leyes, no sólo con el fin de adaptar la ley a "la justa decisión del caso concreto", sino a sobreponer al legislador una visión alternativa entendida más razonable y correcta. RONCO, Mauro. La Legge Penale. 2 ed. Torino: Ed. Zanichelli Editore, 2010, p. 22.

los ilusos que creemos en el principio de legalidad como una verdadera conquista a la cual no se puede renunciar.

**5. La (in)coherencia del sistema: los artículos 28, 29 y 230 de la Carta Política.** El problema jurídico central de la decisión que se comenta radica en la interpretación aislada del art. 230 de la Constitución, que establece el sistema de fuentes de la siguiente manera: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. *La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

No obstante la claridad del sistema de fuentes diseñado por la Constitución, la Sala de Casación Penal entiende que el *“artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez solo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros”*. Visto el problema más allá del artículo 230, concretamente, a partir de una interpretación sistemática, se vislumbra el derrumbamiento de dicha tesis sin mayores esfuerzos.

Tal y como quedó consignado en la providencia en comento, la expresión *“ley”* alude a *todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros*. Pues bien, mirado el asunto de cara a otras normas constitucionales, la interpretación que propone la jurisprudencia de la palabra *“ley”* resulta inadmisibile.

En primer lugar, encontramos el art. 28 del Texto Superior. Como se sabe, esta norma alude al derecho a la libertad; al respecto, señala que nadie puede ser detenido sino *“por motivo previamente definido en la ley”* (resaltado fuera del texto). Ahora bien, ¿cómo debe entenderse la expresión *“ley”* contenida en el art. 28?

La tesis de la Ley como ordenamiento jurídico, que es la pregonada por la Sala de Casación Penal en su análisis del art. 230 de la Carta Política, lleva a la conclusión según la cual se podría privar a las personas de la libertad por virtud de la costumbre, las convenciones colectivas o la misma jurisprudencia (que son parte del ordenamiento jurídico y fuente formal del derecho). Desde luego, si se quiere ser coherente y no ahogarse en el mar de las contradicciones, quienes entienden la ley como ordenamiento jurídico, tendrían que aceptar, al mismo tiempo, que se puede privar a una persona de la libertad con fundamento en cualquier acto que haga parte del ordenamiento jurídico. Lo contrario, esto es, interpretar la expresión *“ley”* en su sentido formal, demostraría la falta de coherencia de la tesis propuesta.

Es más, en cuanto a la coherencia del sistema, en la sentencia objeto de debate se afirma que ésta *“constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido*

*material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes".* Desde luego, si se quiere salvar la defendida coherencia a partir del entendimiento de la expresión "ley" como ordenamiento jurídico, ésta debería ser interpretada "por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes"; bajo esta perspectiva, tendrían que aceptar lo inaceptable: que el art. 28 de la Constitución autoriza la privación de libertad "por motivo previamente definido en la **ley**" entendida ésta como ordenamiento jurídico y, en consecuencia, ese motivo podría ser definido por la costumbre o por la jurisprudencia, entre otros. Frente a esto, por supuesto, dirán que en el artículo 28 la expresión "ley" tiene un significado diverso al que tiene la misma palabra "ley" en el artículo 230 del Texto Superior, lo cual demostraría, por otra vía, la insuficiencia de la tesis que pregonan.

Incluso, ello nos llevaría no solo al abismo de la falta de certeza del derecho sino que, además, haría necesaria la elaboración de un anexo a la Constitución en el cual se explicara el significado de la palabra "ley" cada vez que el Texto Superior la emplea.

Por supuesto, la palabra "ley" del citado artículo 28, al igual que la establecida en el artículo 230 de la Constitución, aluden al proceso legislativo como única fuente a partir de la cual una persona pueda ser detenida; ello, precisamente, excluye cualquier posibilidad de que un acto, distinto de la ley –como resultante del proceso legislativo– pueda ser fuente del Derecho Penal.

Aunado a lo dicho en precedencia, en segundo lugar, el art. 29 del Texto Superior dispone, en uno de sus apartes, que "*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a **leyes** preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*" (Resaltado fuera del texto). De nuevo, la Constitución emplea la expresión "ley"; pero ¿cómo se debe entender?

A este interrogante, le son predicables, *mutatis mutandis*, las consideraciones hechas en relación con la expresión "ley" contenida en el artículo 28 de la Carta Política.

Aquí, de nuevo, los promotores de la tesis según la cual la "ley" equivale a ordenamiento jurídico y lo que en él se inserte es fuente formal de Derecho Penal, tendrían que aceptar, por segunda vez, lo inaceptable: que la preexistencia de la ley equivale a preexistencia del ordenamiento jurídico, lo que conduce inevitablemente a afirmar que cuando la Constitución dice que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a **leyes** preexistentes al acto que se le imputa" significa que la ley preexistente es en verdad ordenamiento jurídico preexistente, con lo que la costumbre y la jurisprudencia, por ejemplo, podrían determinar el motivo por el cual un ciudadano puede ser juzgado.

Además de lo consignado anteriormente, piénsese en las tantas veces que la Constitución emplea la palabra "ley". Al respecto, intentamos hacer



ese ejercicio –al que claudicamos por lo aburrido que resulta–, y antes de terminar los primeros 48 artículos de la Carta Política encontramos 44 ocasiones en las que se emplea la palabra “ley” y ocho que aluden a su plural, esto es, “leyes”. Pues bien, ¿qué significado tendrá la palabra “ley” en cada uno de esos artículos?

**6. La (in)certeza del derecho.** La certeza del derecho es un corolario del iluminismo<sup>18</sup>, es una prueba de fuego en la medida en que sirve para evaluar el grado de evolución de un sistema jurídico<sup>19</sup>. Por ello, la reacción más extrema se presentó el siglo pasado con el totalitarismo expresado en las legislaciones penales nacionalsocialista y soviética<sup>20</sup>.

Ahora bien, la certeza, como certeza del dato normativo, resulta de tres factores: en primer lugar, de la claridad y la estabilidad de la norma escrita; en segundo lugar, de la prudencia del intérprete; y, en tercer lugar, de la calidad científica de la doctrina. En consecuencia, sus principales obstáculos serían la inflación legislativa, los textos oscuros, los frecuentes cambios de interpretación y la información en exceso y con poco control<sup>21</sup>.

En esta línea de reflexión, ¿se puede hablar de la certeza del derecho cuando el artículo 230 de la Constitución establece, claramente, la *regula juris* según la cual “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley*” y, además, señala que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial? Y, al contrario, la sentencia sostiene que: “*la jurisprudencia es en verdad una fuente formal y material de derecho, de la cual se deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas*”.

**7. La fuerza vinculante de la jurisprudencia.** Sobre ello, “*la Sala de Casación Penal tiene dicho que son varias las razones que permiten afirmar que no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia*”. Esta tesis, como se esbozó en el literal E, es objetable no solo por la transparencia del artículo 230 de la Constitución que le asigna un lugar auxiliar<sup>22</sup>, sino por las graves consecuencias que genera de cara al derecho a la libertad y al debido proceso acuñar la expresión “ley” como ordenamiento jurídico.

---

<sup>18</sup> CATTANEO, Mario. *Certeza del diritto soltanto sulla carta e pericolo totalitario*. En: *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale* 2002, 45 (4). Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 1354.

<sup>19</sup> ALPA, Guido. *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*. Napoli: Editorial Scientifica, 2006, p. 50 y 51.

<sup>20</sup> Al respecto, la legislación soviética se caracterizó por acudir a la analogía y a la aplicación retroactiva de la ley. Cfr. BETTIOL, Op. cit. p. 7.

<sup>21</sup> ALPA, Op. cit., p. 50.

<sup>22</sup> Dice: “*la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

Adicional a lo anterior, se olvida que la fuerza vinculante del precedente judicial es propia de los países no influenciados por el iluminismo jurídico-penal<sup>23</sup>, es fruto de su cultura jurídica y, sin duda alguna, válido en atención a su contexto.

A la inversa, nuestra tradición jurídica—que se quiere desterrar de un plumazo y, mediante otro, importar una ajena como si se tratara de una mercancía o de una moda más— ha sido claramente influenciada por el iluminismo<sup>24</sup>, cuyo pensamiento representa, en palabras de Ferrajoli<sup>25</sup>, el momento más alto de la historia de la cultura penalística y que, además, erigió el principio de legalidad como una de sus conquistas más importantes<sup>26</sup>.

No se trata, desde luego, de determinar si el sistema que le otorga fuerza vinculante a la jurisprudencia es bueno o no; se trata de establecer cuál sistema diseñó la Constitución y le pertenece a nuestra tradición jurídica. Dicho de otra forma: no es un problema de gustos, de cuál sistema me gusta más, es un problema que va más allá, porque de lo contrario entraríamos —¿o entramos?— en un sistema en el cual el gusto de cada quien será superior al contenido de la Constitución.

**8. *Los teóricos del desencanto.*** Con esa expresión, Dolcini<sup>27</sup> se refiere a aquellos que creen que la reserva de ley ha perdido valor en el actual momento histórico. Desde luego, en este margen del planeta también hay quienes consideran que la reserva de ley es un referente del pasado. Sin embargo, y ahí está el desencanto, como lo afirma Velásquez Velásquez, “*desde el punto de vista técnico formal, la materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad, está deferida a la Ley y el poder legislativo es el único autorizado para restringir los más elementales derechos humanos y constituirse, así, en un verdadero monopolio legislativo en la creación de la materia penal*”, de modo que los “teóricos del desencanto” tendrán que esperar a que una nueva Constitución —porque la actual no lo permite— o una reforma constitucional formule una nueva construcción en la cual la reserva de ley sea excluida y les sea confiada como pretenden.

---

<sup>23</sup> VINCIGUERRA, Op. cit., p. 106.

<sup>24</sup> Según VINCIGUERRA, Op. cit., p. 200: “El iluminismo jurídico trajo como consecuencia, en relación con el Derecho Penal, su transformación como una expresión de racionalidad útil al progreso del espíritu humano y se dejó de considerarlo como una estructura obvia de la sociedad: como aquel mero instrumento de gobierno”.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. Roma: Editori Laterza, 2011, p. XVII.

<sup>26</sup> MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Ed. Milano: Giuffrè Ed., 2006, p. 30.

<sup>27</sup> DOLCINI, Emilio. Leggi penali “ad personam”: riserva di legge principio costituzionale di eguaglianza. *En*: Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale 2004, 47 (1). Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 54.

9. *¿Qué hacer?* En el entretanto, hoy más que nunca, este principio medular principio de legalidad debe ser defendido y reafirmado<sup>28</sup>. El estado actual de las fuentes solo puede ser modificado por un nuevo sistema en la Constitución. Así mismo, queda abierta la vía propuesta por Binding –adversario declarado del iluminismo– quien reivindicaba a los juristas la única autorizada fuente del derecho<sup>29</sup>; no obstante, para ello se debería ostentar la altura intelectual de este grande jurista alemán, algo que, como afirma Dolcini, infortunadamente no se encuentra.

10. *Conclusiones.* Las decisiones de las Altas Cortes no pueden ni deben estar ajenas al debate jurídico y académico. Calificar como difícilmente discutibles sus propios fallos no contribuye ni a la discusión ni a la solidez del argumento.

Posturas como esta, son quizá un legado del tradicional método catedrático de la enseñanza jurídica universitaria, según el cual –en palabras de Calamandrei, crítico implacable de este método– *“las lecciones consisten en una prédica que el enseñante desde el púlpito inflige a una multitud de penitentes inmóviles y silenciosos en las cuales el profesor habla para todos y para ninguno”*<sup>30</sup>.

Por ello, no podemos posar como *“penitentes inmóviles y silenciosos”*, no solo por nuestro compromiso con la academia y nuestros estudiantes –en quienes motivamos la crítica y la discusión jurídica– sino por las repercusiones que en el ámbito del Derecho Penal generan decisiones como la que se comenta.

Recuérdese que la justicia penal es un arma de doble filo: antídoto y veneno al mismo tiempo, socialmente necesaria pero temible; por lo mismo, necesita estar circundada de especiales garantías<sup>31</sup>. Y una de esas garantías es el principio de legalidad y el sistema de fuentes que claramente diseñó la Constitución y que hoy, de manera forzada, se quiere cambiar.

## 11. *Bibliografía.*

AZARA, Antonio/EULA, Ernesto (Directores). *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VII. Torino: Unione Tipografico–Editrice Torinese, 1961.

ALPA, Guido. *La certezza del diritto nel`età dell`incertezza*. Napoli: Editorial scientifica, 2006.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*. Quinta edizione. Milano: Giuffré Editore, 1963.

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid., p. 70.

<sup>30</sup> CALAMANDREI, Piero. *Troppi Avvocati!* Firenze: Pubblicazione della soc. an. Ed. “La Voce”, quaderno 46, serie quarta Firenze, 1921. p. 114 y 115.

<sup>31</sup> FIANDACA, Giovanni. *Il Diritto penale tra legge e giudice*, Padova: CEDAM, 2002, p. 26.

BRICOLA, Francesco/ZAGREBELSKY, Vladimiro. Codice penale, Parte generale, vol. I, 2ª ed. Torino: UTET, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. Aspetti politici del diritto penale contemporaneo. Palermo: G. Priulla Editore, 1953.

CALAMANDREI, Piero. Troppi Avvocati! Firenze: Pubblicazione della soc. an. Ed. "La Voce", quaderno 46, serie quarta Firenze, 1921.

----- . La crisi della giustizia. En: BALLADORE, Giorgio *et al.*: La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, 1953.

CARNELUTTI, Francesco. La morte del diritto. En: BALLADORE, Giorgio *et al.* La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, 1953.

CAPOGRASSI, Giuseppe. L'ambiguetà del diritto contemporaneo. En: BALLADORE, Giorgio *et al.*: La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, 1953.

CATTANEO, Mario. Certezza del diritto soltanto sulla carta e pericolo totalitario. En: Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale 2002, 45 (4). Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 1354-1357.

DOLCINI, Emilio. Leggi penali "ad personam": riserva di legge principio costituzionale di egualianza. En: Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale 2004, 47 (1). Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 50-70.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. Roma: Editori Laterza, 2011.

FIANDACA, Giovanni. Il Diritto penale tra legge e giudice, Padova: CEDAM, 2002.

MANTOVANI, Ferrando. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale. 7ª Ed. Padova: CEDAM, 2011.

MANZINI, VICENZO. Trattato di Diritto Penale, VI, Torino: UTET, ristampa 1985.

MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Ed. Milano: Giuffrè Ed., 2006.

PALAZZO, Francesco. Corso di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Ed. Torino: G. Giappichielli Ed. 2006.

RONCO, Mauro. La Legge Penale. 2ª Torino: Ed. Zanichelli Editore, 2010.

VINCIGUERRA, Sergio. Diritto Penale Italiano, Vol. I, 2ª Ed. Padova: CEDAM, 2009.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.



# IV

## Bibliografía





HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Introducción a la Criminología y a la Política criminal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Después de trece años de la aparición de la primera edición de esta obra<sup>1</sup>, que sirvió como fundamento y adelanto a la que hoy tenemos el gusto de reseñar, finalmente se completa el sistema propuesto por estos dos importantes profesores al terminar de desarrollar la –así llamada por ellos– “criminología de la reacción social” y el análisis de los límites político criminales, en especial los fines de la pena. Vale decir que se está en presencia de una trabajo del todo nuevo, que contiene propuestas inéditas en el pensamiento de estos académicos, las cuales complementan y son consecuentes con los primeros planteos de 1989; la misma, consta de una introducción denominada “Cuestiones generales”, una primera parte llamada “Los protagonistas del conflicto penal” (que consta de siete capítulos, como se muestra luego); y, una segunda, designada como “Criminología de la reacción social frente a la Criminalidad –fundamentos teóricos de la política criminal–”, que contiene cuatro capítulos más (del VIII al XI).

La introducción contiene un Capítulo único, referente a la “criminalidad y la reacción social a la misma como objeto de estudio”, en donde se analiza en primer lugar como apartado A.: “las dos formas básicas de conocimiento sobre la criminalidad y su control”, centrándose en la necesidad del complemento entre los saberes normativo y empírico, pues la “«fijación» normativa” que deriva en concentrarse exclusivamente en la “creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas” lo que genera un gran problema académico de interés: “ello en sí no sería malo si la realidad social a la que se refieren las norma jurídicas fuese inmutable y estuviera

<sup>1</sup> HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.



previa y claramente delimitada, pero desgraciadamente esa realidad es más compleja, rica y cambiante de lo que el propio tejido normativo construido en torno a ella refleja o cristaliza” (p. 18). Por ello, los autores evidencian claramente la necesidad de su complemento mutuo, sin desconocer los distintos puntos de fricción que pueden existir al confrontar dos formas distintas de analizar la misma realidad (p. 19), proponiendo así que “el *saber normativo*, es decir, el jurídico, deba ir siempre acompañado, apoyado e ilustrado por el *saber empírico*, es decir, por el conocimiento de la realidad (...)” (p. 18).

En el apartado B. se analiza el objeto de la criminología que, a su vez, se divide en tres sub apartados: en primer lugar, en el 1 que denominan: “criminalidad, el delito y la conducta desviada”, consideran que es parte del objeto de la criminología, “(...) en primer lugar, el estudio empírico de la criminalidad tal como está viene definida en las normas penales de cada país; pero también de otros muchos problemas que directa o indirectamente están relacionados con la criminalidad y su control” (p. 23), por ello en tal contexto “(...) a la Criminología le corresponde, por tanto, la tarea de denunciar cuando la función del Derecho Penal es puramente «simbólica», sin mayor eficacia en la solución de los problemas o incluso con efectos contraproducentes o «criminógenos» (...)” (p. 23). A su vez, se deben tener en cuenta otro tipo de conductas desviadas, que no se queden solo en las “(...) declaradas legalmente como criminales, y a otras formas de reacción social distintas a las consecuencias jurídicas previstas para la comisión de un delito (...)” (p. 21), de tal manera se amplía el concepto tanto de conducta en sentido criminológico, como de reacción social, para reconocer respecto de esta última la necesidad de estudiar formas de control social de carácter tanto formal como informal, por lo cual en ámbitos como los propios de algunos países latinoamericanos también se debería tener en cuenta otro tipo de controles sociales como el que Velásquez Velásquez denomina “no institucionalizado, parainstitucional o subterráneo, efectuado a través de conductas ilícitas”<sup>2</sup>.

En el sub apartado 2, que se ocupa de “Los protagonistas: delincuente y víctima”, explican por qué han dedicado la primera parte a su estudio a la criminalidad, el delito y la conducta desviada, pues “(...) ellos le dan ya una concreción al objeto que no le da referencia a la criminalidad en abstracto” (p. 23); finalmente, en el sub apartado 3,

<sup>2</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Cuarta edición. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2009, p. 10.

denominado: “Las formas de control social sobre la criminalidad. Control social formal e informal”, se acepta que “(...) la Criminología tiene que ocuparse de la forma de reacción frente a la delincuencia, de la eficacia del sistema de sanciones legalmente existentes y de la idoneidad de las mismas para cumplir funciones preventivas de carácter general (intimidatorias o de restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las normas) o especial (de resocialización, de control del sujeto condenado)” (p. 24).

Respecto del capítulo dos: “El saber criminológico sobre los protagonistas del conflicto penal”, se debe poner de presente que se encuentra compuesto por dos apartados, en los cuales se estudia el saber criminológico a través del autor y las víctimas y la diversa clasificación de las teorías criminológicas; el apartado A. (“el saber criminológico como saber sobre los protagonistas del conflicto penal: autor y víctima. Las teorías criminológicas”), empieza por admitir, de forma limitada sobre los bienes jurídicos individuales, la existencia de “(...) una confrontación directa entre dos o más personas” (p. 31) de la cual son producto los delitos, pero donde a pesar de que se advierte la necesidad de la posición dualista “del saber criminológico sobre los protagonistas del conflicto penal, no solo por su estrecha relación con el fenómeno de la criminalidad, sino también porque prácticamente a través de la misma se puede explicar todo el arsenal actualmente existente de las teorías e hipótesis criminológicas”, también se recalca que “el Derecho Penal vive, por tanto, de la «neutralización» de la víctima y deja a esta un reducido papel en la persecución y castigo del delito” (p. 32), justificándolo en el carácter de Derecho Público del Derecho Penal, por lo que el interés criminológico tiene mayor preponderancia en el estudio del “(...) verdadero protagonista del proceso penal y persona sobre la que debe recaer, en su caso, la sanción penal” (p. 32). En relación con el apartado B., es decir “la clasificación de las teorías criminológicas”, enuncia las diferentes escuelas a las cuales van hacer referencia en el libro para abordar la historia de la criminología, incluyendo teorías como el positivismo italiano, el etiquetamiento, la socialización deficiente, los conflictos estructurales y las de la reacción social, entre otras.

El tercer capítulo, es decir el denominado: “El primer protagonista: el autor del delito. Teorías sobre el autor del delito”, se centra en las distintas teorías biológicas, psiquiátricas y psicológicas, empezando por explicar el origen de la criminología la cual inició “con la pretensión de identificar las causas biológicas o sociales de la criminalidad, investigando por qué las personas se convierten en delincuentes, y

las diferencias entre estos y las personas que podríamos llamar normales” (p. 40), por lo cual es entendible por qué se expone en primer lugar la propuesta de Lombroso, gran representante junto a Ferri y Garofalo de la escuela positivista; en segundo lugar, las tesis psicológicas, influenciadas especialmente por el pensamiento de Freud. En tercer lugar, el pensamiento de la criminología nacionalsocialista, en donde se destaca el papel de Mezger y de Exner, terminando con las teorías basadas “en la predisposición genética y cromosómica” (p. 51), en donde se destaca el papel de LANGE. Al final, los autores hacen un análisis crítico en el cual destacan los aspectos positivos como negativos de cada teoría, y vuelven a poner de presente los cuatro principales problemas que identifican al respecto: 1) los conocimientos científicos que ofrecen estas teorías son a veces inseguros y muchas veces insuficientes”; 2) “no permiten generalizaciones”; 3) “conducen a planteamientos racistas o concepciones basadas en la superioridad de unos seres sobre otros (...)”, 4) “se refiere fundamentalmente a los autores de delitos violentos o sexuales, dejando fuera de su consideración autores de otras clases de delitos (...)” (p. 60).

En el cuarto capítulo, “*teorías de la socialización deficiente*”, se analizan –en primer lugar– las posturas ecológicas de la Escuela de Chicago, destacando tanto la importancia que han tenido estas corrientes en la Criminología, sobre todo la norteamericana, como su aporte a la necesidad de investigación empírica especialmente enfocada sobre el contexto social urbano, que no fue suficiente puesto que “el método puramente descriptivo, positivista, de las teorías ecológicas no explica las causas de esta situación y como solución solo proponen reformas puntuales de las condiciones de vida en esas zonas, asumiendo fatalmente que la criminalidad en ellas es inevitable e incluso conveniente para el propio equilibrio ecológico de la vida urbana” (p. 68). En segundo lugar, se analiza la teoría de los *Broken homes*, representadas principalmente por la investigación empírica y las conclusiones de los esposos Glueck, quienes identifican a la familia como la fuente más próxima de la conducta criminal “(...) a pesar de que hay indicios suficientes de que junto a la familia hay otras instancias sociales a las que atribuir eficacia criminógena (...)” (p. 72), lo cual –no obstante las críticas que se le han formulado a esa concepción– permite a los autores destacar cómo a partir de esas posturas la criminología deja de ver a la delincuencia solo respecto de “hechos y procesos en el interior del concreto individuo desviado, sino como el resultado de una *interacción*, de una relación de influencias recíprocas de las personas entre sí” (p. 72).

Como tercer apartado, se analizan las *teorías de los contactos diferenciales*, basadas en el aprendizaje de las personas, sin centrarse de forma exclusiva a la familia, pues esta concepción encabezada por Sutherland, entiende que "(...) en la sociedad existen grupos fieles a las normas jurídicas y grupos trasgresores de las mismas, y la inclinación del joven a la criminalidad dependería de con cuáles de estos grupos llegue a tener principalmente contactos (...)" (p. 73), teniendo en cuenta tres factores en el contacto: modo, intensidad y duración, aunque se debe poner de presente que el mismo expositor insiste en que "una *explicación puramente social* de la conducta delictiva es en último término *insuficiente*, ya que no puede esclarecer cómo de unas condiciones sociales de partida iguales pueden derivar resultados diferentes" (p. 75). Por ello, posturas como la de Cressey matizan esa concepción y hacen la salvedad de que la asociación no es cuantitativa sino cualitativa y que, a su vez, no solo se da de forma directa, sino que también puede ser indirecta. Para culminar, frente a este punto los autores consideran que, a pesar de que esta teoría "tiene la ventaja de que es, en principio, aplicable lo mismo para explicar la delincuencia de las clases baja que de las clases pudientes (...)", no tiene en cuenta que "(...) en la sociedad no siempre están diferenciados los grupo fieles y los grupos trasgresores, y no existen reglas muy claras para diferenciar en algunos casos uno de otros" (p. 76).

En cuarto lugar, analizan las teorías de las subculturas y de la neutralización. Respecto de la primera (p. 77), se entiende que el concepto de subcultura supone la existencia de "(...) culturas que existen separadas de la cultura dominante, pero que, al mismo tiempo, forman parte de ella", por lo cual "(...) Cohen destaca es que la subcultura tiene una función de legitimación de la actividad criminal; en realidad, el joven actúa delictivamente desde el punto de vista de la cultura oficial, pero no desde el de la subcultura a la que pertenece"; frente a la segunda, es decir la de las *técnicas de neutralización*, se debe decir que es identificada como "una nueva teoría del aprendizaje", consistente en que "los grupos de delincuentes procuran neutralizar las normas dominantes que con su conducta criminal ponen en cuestión (...), compuesta principalmente por las siguientes técnicas: 1) Renuncia al ejercicio de la responsabilidad, 2) negación de lo injusto de su actuar, 3) rechazo de la víctima, 4) reprobación de quienes lo censuran, y 5) apelación a instancias superiores (p. 78-79). En seguida, los autores hacen una valoración criminológica de las teorías expuestas, respecto de las cuales "en resumen: las teorías de la socialización deficiente describen acertadamente las causas sociales que están en el origen

de muchas formas de delincuencia, pero se quedan en la superficie en la medida en que proponen soluciones parciales para aminorar su efectos, pero no una transformación del sistema social, político y económico que produce esas causas" (p. 83).

El quinto capítulo está destinado a las *teorías de la estructura social defectuosa*, a cuyo efecto la obra comienza con la exposición de la teoría de la anomia, de la que los autores identifican como precursor a Durkheim, padre de la Escuela sociológica del funcionalismo, quien propuso que "(...) sobre el vacío normativo (*a-nomos*, en griego, significa sin norma) que se produce cuando la sociedad no facilita al individuo los medios necesarios para conseguir de forma lícita los fines que esa misma sociedad considera como la meta ideal que debe alcanzarse" (p. 87), por lo que "el punto de partida de su teoría es la distinción entre *estructura social* y *estructura cultural* (...)" (p. 89), generando de esta forma grandes diferencias como que "mientras que las *metas* que la estructura cultural plantea (el éxito económico) atraen con igual fuerza a todos, la estructura social reparte los *medios* socialmente reconocidos para la obtención de tales metas (un trabajo honrado) de un modo selectivo" (p. 90), concluyendo que "el sujeto no se convierte en delincuente en tanto que participe activo en procesos de interacción social, sino como producto o víctima de una estructura sociocultural deficiente. Es la anomia social y la disociación entre la estructura social y cultural lo que determina la desviación y lo que impulsa a los individuos al delito" (p. 91). A su vez, se pone de presente como Merton entiende tanto que "(...) la anomia produce efectos trascendentes para el *comportamiento individual* e influye sobre este", como que "(...) tales efectos producen distintas formas de *adaptación* del individuo a las condiciones socio-culturales" (p. 91), más exactamente se generan los siguientes cinco tipos de adaptación: conformidad, innovación, ritualismo, apatía y rebelión, cuya postura tiene varias críticas expuestas en el libro en estudio (p. 93 y ss.).

De la misma forma, se exponen las tesis, derivadas de la anomía, de la desigualdad de oportunidades (p. 95), de la resignación social (p. 96) y la de la frustración (p. 98) para, finalmente, en la valoración criminológica que hacen, concluir que "(...) aunque el planteamiento de la teoría de la anomia puede ser en algunos casos fructífero y digno de tener en cuenta para explicar determinadas formas de adaptación individual, delictivas o no, a un sistema social concreto, su arsenal teórico puede parecer estrecho y anticuado para explicar la actual crisis del sistema capitalista y para ofrecer alternativas cuando el sistema es incapaz por sí mismo de salir de esa crisis" (p. 102).

Como penúltimo capítulo de esta segunda parte, encontramos el análisis de las “teorías que critican el modo tradicional de la investigación y elaboración conceptual de la delincuencia”, el cual contiene seis apartados que tratan las siguientes temáticas: A. Introducción: del estudio de las causas de la criminalidad al estudio de los procesos de criminalización; B. El punto de partida: La cifra oscura como dato informativo de la realidad criminal. El relativo valor informativo de las estadísticas criminales; C. El punto de partida ideológico. La Criminología como crítica social; D. La teoría del etiquetamiento; E. Valoración crítica del etiquetamiento; F. Nuevas tendencias criminológicas: incrementar el control penal y acabar con la impunidad.

En primer lugar, como fue enunciado en el párrafo anterior, se hace una introducción, en la cual se explica el cambio de paradigma en el que se basan estas concepciones, consistente en que “esta tesis no se interesa tanto por las causas de la criminalidad, sino por el proceso de criminalización mismo, es decir, por las causas de por qué unas conductas y unas personas, independientemente de la dañosidad social objetiva de sus acciones, son estigmatizadas con la etiqueta de delincuentes, mientras que otras, que incluso producen más daño social, quedan exentas de cualquier etiquetamiento criminal y pasan por ser sujetos honestos y por encima de toda sospecha” (p. 106), de donde derivan que “(...) la criminalidad no es una entidad ontológica preexistente a cualquier tipo de valoración o de sistema social, sino que son las mismas instituciones y factores sociales que luego se encargan de sancionarla, las que la producen o al menos las que condicionan, al menos en parte, que se produzca” (p. 109). En el apartado B., se tiene en cuenta la llamada *cifra negra* de la criminalidad, la cual hace referencia a que “(...) hay un buen número de delitos y de delincuentes que no llegan a ser descubiertos o condenados”, lo cual en ocasiones se debe a la discrepancia entre las estadísticas, sobre todo las oficiales, y el fenómeno real de criminalidad, por lo que los autores proponen la necesidad de mantener un pensamiento crítico ante toda esta información, puesto que hay distintos problemas que inciden en la creación de esta cifra negra, como: los de percepción, ejercicio de la acusación y la instrucción del sumario, existencia de óbices procesales y los relacionados con la condena (p. 113, 116 y 117). En el apartado C., se identifica a la criminología crítica, como una crítica social derivada de la concepción marxista que parte, en gran medida, de las siguientes tres tesis fundamentales: una, el derecho en general y el penal en particular, así como los

demás sistemas de control social son instituciones dependientes de los modos de producción; dos, el Derecho Penal no es un Derecho igualitario; y, tres, es necesario elaborar una teoría científica y, por tanto, crítica capaz de desmitificar el carácter ideológico y superestructural de los diversos sistemas de control social y, concretamente, del Derecho penal (p. 121).

Adicional a lo anterior, se analiza la teoría del etiquetamiento o *labelling approach* que cuenta con dos tendencias: la radical y la moderada. La primera, considera que “la criminalidad es simplemente una etiqueta que se aplica por los policías, los fiscales y los tribunales penales, es decir, por las instancias formales de control social, y que afecta fundamental y exclusivamente a los procesos de criminalización”; la moderada“(…) reconoce, en cambio, que los mecanismos del etiquetamiento no se encuentran solo en el ámbito del control social formal, sino que también en el informal, donde se dan procesos de interacción simbólica (...)” (p. 121). Enfrente a ello, los autores hacen una valoración criminológica de la teoría del etiquetamiento (p. 127 y ss.) en la que encuentran aciertos y desaciertos que permiten hacerse a una idea crítica sobre la misma. Por último, en este capítulo, en el apartado F., se analizan las “*Nuevas tendencias criminológicas*”<sup>3</sup>, que en su gran mayoría propenden por incrementar el control penal y acabar con la impunidad, que son liderados por los grupos afectados por estos fenómenos como los movimientos feministas, ecologistas, indignados, entre otros, los cuales “(...) no solo demandan una mayor y más enérgica intervención del Derecho Penal, sino que también están determinando un nuevo *cambio de paradigma* en las teorías criminológicas” puesto que lo que ahora importa en la criminología es “(...) la forma más eficaz y enérgica posible de luchar contra las mismas, es decir su control penal” (p. 131). Por ello, autores como Borja Jiménez afirman que “las cuestiones relativas a las estrategias para prevenir y hacer frente a la criminalidad quedan fuera, según mi opinión, de la Criminología y entran a formar parte de la Política Criminal”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Llamadas tendencias porque según los autores “(...) aún no hay una elaboración intelectual que permita hablar de una nueva teoría criminológica, sino simplemente de tendencias que se reflejan en los movimientos sociales que están surgiendo alarmados ante las dimensiones que están adquiriendo estos problemas” (Ibíd. p. 134).

<sup>4</sup> BORJA JIMENÉZ, Emiliano. Curso de Política Criminal. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 62.

En fin, como último capítulo de esta primera parte se analiza al “otro protagonista: la víctima”, para lo cual se inicia con la explicación del término de víctima en el contexto de la criminología y el Derecho Penal, esto es, “(...) quien ha sufrido un mal causado de forma injusta por otra persona; es decir quien ha sido «víctima de un delito»” (p. 139), en torno a la cual gira la llamada *victimología*, puesto que “(...) sería la ciencia que se ocupa de agrupar y sistematizar el saber empírico sobre la víctima del delito”, en donde se destaca el interés de esta ciencia tanto por desarrollar “(...) una serie de tipologías de víctimas (...)” como por el estudio de los *procesos de victimización*, lo cual ha ayudado a descubrir la cifra negra que también concurre en la información respecto de la víctima y no solo frente al victimario (p. 141).

A su vez, vale destacar en este capítulo sobre la víctima, la fuerte postura garantista de los autores que propenden por evitar que estas nuevas corrientes tanto criminológicas como político criminales, que revindican a grupos determinados de víctimas, destruyan los presupuesto básicos del Derecho Penal contemporáneo, al olvidar que “el Derecho Penal es una parte del Derecho Público y, por tanto, no puede ser objeto de disposición por las personas afectadas por su aplicación. Ni el delincuente ni la víctima pueden decidir su ámbito de aplicación, ni modificar su contenido a su antojo”, afirmando que “en este sentido se puede decir, por tanto, que el Derecho Penal moderno surge precisamente con la neutralización de la víctima” puesto que “a partir de un determinado momento histórico, el control del delito y la sanción del delincuente dejaron de ser un tarea de la víctima, para pasar a ser competencia del Estado” (p. 149-150).

Dichas corrientes político criminales, se destacan por tener interés en que: 1) “(...) la ampliación de la protección de la víctima se busca a costa de una restricción de las garantías y derechos del imputado en el proceso penal”; 2) “(...) se insiste en la prevención general intimidatoria, dejando a un lado la finalidad de reinserción social del delincuente, solicitando la prisión perpetua (...)”; en el caso colombiano se debe destacar, por ejemplo, la iniciativa de la Senadora Gilma Jiménez (q.e.p.d.) encaminada a imponer pena de muerte a los violadores, que no fue aprobada por el Congreso de la República y contó con notable oposición, destacándose el comunicado expedido por la antigua Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal colombiana; 3) “paralelamente, en los medios de comunicación se desencadenan campañas de «*law and order*» y se solicita una mayor dureza en la actuación policial y una «tolerancia cero», incluso con delitos de escasa gravedad”; 4) “se amplían los tipos delictivos



tradicionales a conductas periféricas o anteriores a la ejecución”; 5) un “(...) creciente protagonismo que se le da tanto en el ejercicio de la acción penal, como en la renuncia a la misma a través de acuerdos con el acusado, sancionados judicialmente”; y, 6) “(...) fomentar la ayuda y atención a la víctima por parte de las instituciones públicas (...) la indemnización y el resarcimiento del daño que le ha causado el delito (...)”, entre otras situaciones (p. 151-153).

La segunda parte del texto, que como ya se dijo se intitula como “Criminología de la reacción social frente a la Criminalidad –fundamentos teóricos de la política criminal–”, está contenida en los cuatro siguientes acápite. El capítulo VIII, denominado “los diversos modelos de reacción social frente a la criminalidad: las teorías de la pena”, esta subdividido en dos: “A. Introducción: los límites normativos de la reacción frente a la criminalidad”, y “B. El marco teórico de las teorías de la pena: retribución *versus* prevención y su incidencia en la Criminología y en la Política Criminal” (p. 161 y ss., 164 y ss.). El apartado A., es muy importante desde el punto de vista sistemático pues en él se exponen los presupuestos para el diseño de la política criminal y las bases del diseño teórico; aquí se afirma que “la Criminología debe estudiar sobre todo cual es el grado de eficacia del sistema penal en la contención y reducción de la criminalidad, y, en todo caso, cual es la respuesta más idónea para conseguir esta meta” por lo que, en primer lugar, se tiene en cuenta el conflicto entre libertad y seguridad, que obliga a que se hagan propuestas que impliquen un equilibrio que se puede resumir con el lema “«libertad toda la que sea posible, represión solo la estrictamente necesaria»”, predicando de esta forma la imposibilidad tanto de una libertad como de una seguridad absolutas. Dentro de su construcción, se destaca la forma como limitan el poder punitivo, en todos los estadios, los cuales tienen como fundamento el Estado Social de Derecho, los Derechos Humanos, y los demás principios normativos que se derivan del mismo, los cuales pueden ser de carácter procesal –como “(...) presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y a permanecer en silencio, a ser asistido por un abogado, etc.” – o material –como el principio de culpabilidad o el de responsabilidad personal–, y el mismo principio de proporcionalidad al que los autores del texto le encuentran gran importancia en el momento de la imposición de cualquier tipo de sanción.

Por esa razón, consideran que la finalidad de la “Criminología de la reacción social consiste precisamente en analizar cuál es la respuesta más adecuada, ponderando tanto las circunstancias personales del

delincuente como las de la víctima, la gravedad del delito, el impacto que haya tenido en la sociedad, la utilidad y necesidad del castigo, etc.” (p. 163), por lo que se derivan consecuentemente los siguientes objetivos: “-Plantear si el sistema penal existente en este momento es, de un modo general, adecuado para la lucha contra la criminalidad; -Investigar dentro del sistema penal actualmente vigente que sanciones son más adecuadas en función de las finalidades que se persiga con las mismas; -Y, finalmente, aunque no en último lugar, estudiar si el actual sistema de reacción social frente al delito, consistente en su mayor parte en un sistema penal represivo o punitivo, debe ser completado o sustituido por otros temas de carácter terapéutico o reparador, como son las medidas de seguridad, la responsabilidad civil o la conciliación delincuente-víctima. También aquí deben estudiarse otras formas de reacción social, o «soluciones» no oficiales al delito, y la posibilidad del abolicionismo penal” (p. 164).

En el apartado B., se realiza un parangón crítico entre las teorías retributivas y preventivas de la pena, las cuales se muestran como antagónicas, destacando que las primeras analizan el pasado y las segundas se enfocan hacia el futuro por lo que, entre muchas de las conclusiones a las que se llegan, afirman que “la teoría retributiva –también llamada «absoluta»- no pretende un *fin* real, se agota en sí misma y no se preocupa lo más mínimo de las consecuencias que la pena pueda tener tanto para el condenado como para los demás ciudadanos (...)” (p. 166), por lo que a la teoría retributiva no le interesa buscar “ante todo verificar empíricamente los efectos de la pena” y, mucho menos, desde “la elección de una adecuada Política Criminal frente a la criminalidad”; por ello, desde “una consideración criminológica no cabe, pues, al menos desde el punto de vista empírico, otro análisis de la reacción social de la criminalidad que el que ofrecen las teorías preventivas” (p. 166-167).

El capítulo IX, “La prevención especial”, está subdividido en tres: “A. La prevención especial positiva: la resocialización del delincuente como fin de la pena de prisión. Críticas al concepto de «resocialización»”, “B. Las «antinomias de los fines de la pena» y su repercusión en el ámbito penitenciario” y “C. La prevención especial negativa: la pena de prisión como simple aseguramiento o inoquización del condenado”.

Respecto a la prevención especial positiva, es decir la que propende por la resocialización del delincuente, la cual es planteada desde la utilidad tanto para la sociedad como para el delincuente (p. 172), te-

niendo a su vez varias críticas y oposiciones, como que (cfr. p. 174): a) “(...) lo que le interesa al legislador es que el delincuente no vuelva a delinquir (...) al Derecho Penal no le interesan realmente las causas por las que el delincuente no vuelve a delinquir, ni tampoco su «curación» o «cambio» (...)”, teniendo en cuenta que se está ante una discrepancia del fin del Derecho Penal; b) “Una institución que utiliza como lema y justificación de su existencia la consecución de unos efectos que luego no se cumplen en la realidad es una institución fracasada, por lo menos desde el punto de vista de su eficacia”; c) La prisión no es el medio idóneo para resocializar a una persona, pues que es “(...) muy difícil educar para la libertad a través de la privación de la libertad”; y, d) se enfrenta a una *prisionización* o a una *enculturación*.

Luego de su análisis crítico los autores concluyen que, sin descartar como fin ulterior el de la resocialización, se debe buscar la no desocialización; es decir, se debe evitar “que el sujeto que ha estado algún tiempo en la cárcel salga de ella peor de lo que entró” (p. 177).

En el apartado B., es decir “Las «antinomias de los fines de la pena» y su repercusión en el ámbito penitenciario”, se analizan las contradicciones que pueden existir entre los distintos fines de la pena, como entre la prevención general y la resocialización respecto de la duración de la pena, tocando temas como la abolición de la pena de prisión de corta duración y sus alternativas y la reducción de la pena de prisión de larga duración (p. 184 y ss.). A su vez, se explica en el siguiente apartado la concepción de la prevención especial negativa, sobre todo enfocado hacia el análisis de las principales instituciones que se relacionan con este fin de la pena, es decir la prisión perpetua (p. 186 y ss.), la agravación de la pena para los delincuentes habituales (p. 191 y ss.) y las medidas de seguridad (195 y ss.), con un comentario específico para la castración química (p. 198 y ss.).

El capítulo X, “La prevención general”, esta subdividido en 4: “A. Teoría de la prevención general”, B. “Valoración de estas teorías”, “C. Las relaciones entre el sistema penal y otras formas de control social”, “D. La pena como confirmación y aseguramiento de otros sistemas de control social: la prevención general positiva” y “E. Criminología de la vida cotidiana y prevención general”.

Frente a la prevención general, se explican las tres principales corrientes, es decir: La teoría de la prevención psicológica de Feuerbach, consistente en que “(...) a través de la conminación penal, anuncia frente a qué tipo de acción injusta piensa reaccionar y, a través de la ejecu-

ción de la pena impuesta, en el caso de que ello sea necesario, dice con claridad que está dispuesto a cumplir dicha conminación” (p. 205); la teoría psicoanalítica de Freud, la cual considera que el “(...) castigo real o hipotético, funciona también como una conminación general, motivando el comportamiento de otras personas que aprenden así a inhibir y controlar sus impulsos para evitar realizar un comportamiento desviado y ser también castigadas por ello” (p. 206). La teoría de la *rational choice* de Becker, consistente en que la persona “(...) elige entre varias posibilidades aquellas que le producen mayores beneficios con el menor costo posible”, es decir “(...) en el lenguaje económico-financiero, la pena supondría una especie de impuesto adicional que reduciría la oferta de criminalidad existente en el mercado del crimen, desalentando su comisión” (idem).

Dichas posturas son valoradas críticamente por los autores, identificando principalmente dos tipos de problemas, los normativos y los empíricos (p. 207 y ss.); a su vez, se estudian las relaciones entre el sistema penal y otras formas de control social, puesto que se parte de la necesidad de coexistencia, la cual no desconoce las múltiples discrepancias que pueden existir entre ambos (p. 214 y ss.), siendo dicha correlación el fundamento para una posible prevención especial, puesto que los autores afirman que “(...) la prevención general positiva es asumible siempre que el sistema penal confirme y asegure los otros sistemas de control social y coincida sustancialmente con ellos. Cuando no es así actúa como una instancia puramente represiva, sin ningún poder para motivar el comportamiento de los que pertenecen a sistemas distintos” (p. 220).

Para culminar, en el apartado E., se analiza la “criminología de la vida cotidiana y prevención general”, empezando por un estudio de la *teoría de la «tolerancia cero»*, dirigida a prevenir la criminalidad de baja intensidad “(...) es decir, una forma de prevención a través del castigo severo de infracciones de escasa relevancia, no dejando pasar, por así decirlo, ni una, atajando el mal en sus orígenes, antes de que llegue a manifestarse en hechos más graves y perniciosos para la comunidad” (p. 222); a esa concepción se le hacen diversas críticas que se exponen con claridad (p. 220 y ss.). A su vez, se analizan las teorías de la prevención situacional del crimen (p. 225 y ss.) y la de las oportunidades, concluyendo críticamente los autores que, “resulta inadmisibles, desde un punto de vista simplemente ético, que al final el mensaje que se le dé al ciudadano es que la mejor forma de prevenir la delincuencia es que tenga cuidado (...)” (p. 229).

El capítulo XI, “Utilidad *versus* Justicia”, esta subdividido en 2: “A. El regreso del retribucionismo. Justicia *versus* utilidad” y “B. Otras formas de reacción social a la criminalidad de carácter no punitivo”. En el apartado A, es decir *el regreso del retribucionismo. Justicia versus utilidad*, se resume según los autores en “(...) el debate entre las teorías preventivas y las teorías retributiva de la pena (...)” (p. 232), por lo que los expositores deciden hacer un análisis respecto de las nuevas corrientes de la retribución, sobre todo el renacer norteamericano, y las novedosas propuestas contemporáneas de la prevención, resumiendo propuestas como: *la teoría del merecimiento de Von Hirsch*, *la tesis del control social de Hirchi y Gottfredson* –con una especial referencia a *la teoría de los vínculos*– y *la teoría del «merecimiento empírico» de Robinson* (p. 233 y ss.).

En el apartado B, se estudian las *otras formas de reacción social a la criminalidad de carácter no punitivo*, destacando el análisis de propuesta como *el abolicionismo y la reparación del daño* (p. 243 y ss.).

En fin, ya para concluir debe decirse que esta obra –de suyo muy interesante y didáctica– está llamada a constituirse en una verdadera introducción e incluso en un manual de obligatoria consulta para los estudiosos de esta temática, a quienes mucho contribuyen sus autores que se han destacado por su propuesta crítica no solo en el plano de la criminología, sino en el de la política criminal, tanto en España como en Alemania. De mucha utilidad para los estudiosos nacionales es, pues, este texto llamado a jalonar la discusión y, por supuesto, a abordar la criminología y la política criminal desde una perspectiva diferente, sobre todo crítica, y cuestionadora.

**CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ**

Coordinador de los Cuadernos de Derecho Penal.

30 de junio de 2013, Bogotá D. C.

#### BIBLIOGRAFÍA

BORJA JIMENÉZ, Emiliano. Curso de Política Criminal. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Cuarta edición. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2009.

ISRAEL, JEROLD H./KAMISAR, YALE/LAFAVE, WAYNE R./KING, NANCY J. Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio, trad. de Juan Luis Gómez Colomer et al. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, 1413 páginas.

El anterior gobierno aprobó en su Consejo de Ministros de 22 julio 2011 un Anteproyecto de Ley de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contenía una reforma procesal penal de gran calado, inspirada en el sistema acusatorio puro, que es conocido en USA como sistema adversarial. Sus líneas básicas pasaban por atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación penal, suprimiendo nuestros tradicionales jueces de instrucción, y reservar a la judicatura el papel de jueces de garantías del procedimiento, en relación con la adopción de medidas cautelares, inspección de la labor investigadora y emisión del juicio sobre la acusación.

Actualmente, una comisión de expertos nombrada por el Gobierno ha finalizado una obra prelegislativa similar, de la cual solo tenemos noticias de prensa pero que, al parecer, sigue el diseño del anterior Anteproyecto o, en todo caso, no se aparta de la pretensión de acomodar nuestro proceso penal al sistema acusatorio puro tomando como modelo el sistema anglosajón y, especialmente, el norteamericano.

Así las cosas, resulta imprescindible el conocimiento correcto de este sistema, que es el más influyente en las grandes reformas procesales penales de Europa y Sudamérica, tanto para conocer sus aciertos como sus defectos.

Con independencia de la relatividad con que deben afrontarse los estudios del Derecho Comparado, el cual no cabe nunca trasladarlo miméticamente a los sistemas nacionales sin atender a sus singularidades formadas por su tradición jurídica y entorno sociológico, el estudio de la jurisprudencia norteamericana sobre su proceso penal, resulta esencial para comprender el nuevo proceso penal español en, ciernes así como para conocer la interpretación que hace el Tribunal Supremo Federal norteamericano en materia de garantías procesales penales, también de gran influencia en la conformación de los criterios interpretativos emanados sobre esas materias por nuestros Tribunales Supremo y Constitucional así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El acceso a la jurisprudencia penal norteamericana en español tenía un obstáculo importante debido a la inexistencia de una obra origi-

nal norteamericana de prestigio que hubiera sido traducida por un grupo de expertos españoles cualificados por su formación tanto en el derecho norteamericano como en el español.

Pues bien, este vacío en la bibliografía procesal española se ha cubierto por la feliz iniciativa del catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaume I de Castellón, el Dr. Juan-Luis Gómez-Colomer, bien conocido en los medios por su gran preparación en Derecho Procesal Comparado, que ha dirigido y coordinado una obra científica que constituye una absoluta novedad en nuestro país, la traducción del libro de casos procesales penales norteamericano de ISRAEL/KAMISAR/LAFAVE/KING, *Criminal Procedure and The Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text, 2011 Edition*.

El libro, publicado por la editorial Tirant lo Blanch de Valencia a finales del año pasado con el título *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, recoge las sentencias más importantes dictadas por el Tribunal Supremo Federal norteamericano desde su puesta en funcionamiento en 1790 hasta nuestros días en materia procesal penal, especialmente, todas sus sentencias que han contribuido a conformar decisivamente el llamado garantismo procesal penal, que tanta influencia tiene en la Europa de la posguerra y en España desde la puesta en funcionamiento de nuestro Tribunal Constitucional.

Este es el manual más importante de Derecho Procesal Penal para los estudiantes de Derecho en los Estados Unidos de América. Desde 1790 el *Supreme Court* ha tenido que ir construyendo poco a poco las bases constitucionales del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal, para acomodar su práctica a las exigencias democráticas de la Constitución de 1787 y, sobre todo, de la *Bill of Rights* de 1791. Este libro recoge, traducidas por vez primera al español en un único volumen, las sentencias que más han contribuido a la constitucionalización del proceso penal estadounidense, de influencia mundial. Como hemos indicado, su publicación en España es especialmente idónea en estos momentos en que se está trabajando en una reforma integral de nuestro proceso penal, tomando como modelo precisamente el sistema adversarial norteamericano aquí expuesto.

Gómez Colomer ha dirigido y coordinado al equipo investigador y traductor, compuesto por sus discípulos: Iñaki Esparza Leibar,

Andrea Planchadell Gargallo, María-Ángeles Pérez Cebadera, Ana Beltrán Montoliu y Eskándar Gánem Hernández. Ha contado también con la inestimable ayuda del experto inglés Howard Mungo Winkley, quien ha revisado toda la traducción.

El director del equipo traductor e investigador nos ofrece así en el mejor momento de su vida académica su valiosa aportación a los dos Derechos Procesales Penales de mayor influencia en España desde la reinstauración de la democracia. Primero nos explicó y trajo sus leyes básicas, en un trascendental libro, el sistema procesal penal alemán, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, publicado por la Librería Bosch en Barcelona en 1985, en el que nos abrió las puertas, gracias a sus importantes conocimientos del alemán, a un sistema prácticamente desconocido entonces para la inmensa mayoría de juristas de nuestro país.

Ahora nos abre las puertas otra vez con el mismo rigor y seriedad, pero del sistema de enjuiciamiento criminal federal norteamericano, del que todo el mundo habla pero muy pocos conocen a fondo. Hacía falta una obra así, y debemos agradecerle al Prof. Gómez Colomer y a su cualificado equipo el gran trabajo realizado, una obra que sin duda tendrá una influencia decisiva en la reforma estructural del nuevo proceso penal que en estos momentos se está cocinando en las salas del Ministerio de Justicia, orientado hacia el modelo adversarial norteamericano precisamente, si hacemos caso a las noticias de prensa.

El proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica está arrollando en el mundo jurídico occidental, tomándose sus esencias en numerosas reformas de países muy relevantes jurídicoprocesalmente, como Alemania o Italia, o influyendo directamente en numerosos códigos de nueva factura, como ha ocurrido en tantos países de América Latina. No es imprevisible que esta influencia siga ejerciéndose en todas las reformas procesales penales pendientes.

Nos dice Gómez Colomer en el prólogo de esta obra que la sencillez del sistema es loable, aunque solo aparente. Por un lado, se basa en un sistema "puro" de enjuiciamiento penal, y en dos grandes principios, en lo procesal en el llamado por comodidad de léxico principio acusatorio, porque en ese gran país no se habla de principio acusatorio sino de sistema adversarial, y en lo procedimental en el principio de oralidad, pensado para que en su momento cúspide,



el juicio oral, explosionen con plenitud, y de otro, y no en último lugar por cierto, el gran poder de las partes en la conducción de sus actos propios ante un juez neutral, señal de juego democrático en lo procesal, por oposición a los países en donde o todavía son totalmente inquisitivos sus procesos penales, o en gran parte, o conservan fases o actos procesales inquisitivos. Y añade que estas dos razones fundan el abanderamiento de una reforma en aquellos estados en los que se ha abandonado definitivamente una dictadura o se quiere desterrar cualquier posible síntoma de tiempos remotos de infeliz memoria y hace que sea considerado como modélico y el sistema más avanzado para el enjuiciamiento de una persona acusada de cometer un crimen, si bien como todo sistema hay que reconocer que no es perfecto y es susceptible de críticas, las cuales solo pueden formularse desde su conocimiento profundo, como facilita la obra reseñada.

Por tanto, estamos ante el libro que nos muestra la esencia del proceso penal federal, pues es en él en donde están todos los casos jurisprudenciales más relevantes que afectan al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica, ordenados sistemáticamente, con introducciones precisas para comprenderlas, y con una exposición general inicial del desarrollo procedimental del proceso penal y conceptual de los sujetos intervinientes en el mismo más importantes, de manera que el lector tenga absolutamente claro desde el principio, en un excelente resumen de los autores y no menos brillante traducción del Prof. Gómez Colomer, las claves del proceso penal federal de ese gran país.

Dicho esto, hay que advertir que no es una obra para estudiantes, aunque bienvenida sea su consulta por ellos, sino para estudiosos del proceso penal federal norteamericano, y también para prácticos, especialmente jueces, magistrados, fiscales y, sobre todo, abogados penalistas, ante la cada vez más frecuente cita de sentencias del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, el más influyente del mundo en materia de garantismo procesal.

El equipo investigador y traductor nos ofrece además de la traducción, en forma literaria, aunque siempre que ha sido posible la forma literal sin desmerecimiento alguno del lenguaje también se ha utilizado, diversas notas del traductor cuando ha sido necesario explicar instituciones, figuras o conceptos que de otra manera harían

incomprensible el texto. No olvidemos que los jueces y magistrados norteamericanos escriben sus sentencias de manera muy distinta a la nuestra, razonando su decisión de una forma coloquial y hasta cierto punto desordenada que, por falta de costumbre para el lector español, dificulta su fácil comprensión. Pero cuando las releemos, observamos que es una redacción más cálida y por ello más humana para llegar al justiciable.

Una obra imprescindible, en suma, sin la que no será posible comprender el nuevo proceso penal español y que tenemos que agradecer al Prof. Gómez Colomer y a su equipo por habernos facilitado el conocimiento de la jurisprudencia penal norteamericana desde los parámetros científicos que era de esperar de ellos, dada su meritoria trayectoria profesional.

**MANUEL JESÚS DOLZ LAGO**  
Fiscal del Tribunal Supremo Español.  
Profesor de la Maestría en Derecho,  
Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal,  
de la Universidad Sergio Arboleda.

ISRAEL, JEROLD H./KAMISAR, YALE/LAFAVE, WAYNE R./KING, NANCY J. Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio, trad. de Juan Luis Gómez Colomer et al. Valencia: Tarrant Lo Blanch, 2012, 1413 páginas.

*“Somos nuestra memoria, somos ese quimérico museo de formas inconstantes, ese montón de espejos rotos”.*

Jorge Luis Borges

Durante los nueve años de vigencia de la Ley 906 de 2004 –sistema procesal penal con tendencia acusatoria–, ella ha sido objeto de múltiples modificaciones por el propio legislador a través de leyes<sup>1</sup> y actos legislativos<sup>2</sup> y por la Corte Constitucional<sup>3</sup> mediante declaratorias de inexequibilidad<sup>4</sup> o de exequibilidad condicionada<sup>5</sup>, lo que ha generado grandes dificultades a la hora de interpretar y aplicar

<sup>1</sup> Confróntese, entre otras modificaciones legislativas, la Ley 937 de 2004, Ley 985 de 2005, Ley 1121 de 2006, Ley 1142 de 2007, Ley 1257 de 2008, Ley 1312 de 2009, Ley 1273 de 2009, Ley 1395 de 2010, Ley 1453 de 2011, Ley 1474 de 2011, Ley 1542 de 2012.

<sup>2</sup> Piénsese, por ejemplo, en el Acto Legislativo 6 de 2011 donde, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador tiene la posibilidad de asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima del delito (artículo 2), o en las modificaciones procesales que han surgido con ocasión del Acto Legislativo 2 de 2012, por medio del cual se reformar artículos de la Constitución Nacional en relación con el fuero penal militar.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional, donde se han generado interpretaciones y declaratorias de *inexequibilidad* que han modificado el contenido original de la Ley 906 de 2004: Sentencias C-590 de 2005, C-591 de 2005, C-673 de 2005, C-730 de 2005, C-822 de 2005, C-979 de 2005, C-1001 de 2005, C-1194 de 2005, C-190 de 2006, C-423 de 2006, C-425 de 2006, C-789 de 2006, C-1033 de 2006, C-095 de 2007, C-154 de 2007, C-209 de 2007, C-210 de 2007, C-336 de 2007, C-516 de 2007, C-519 de 2007, C-060 de 2008, C-536 de 2008, C-806 de 2008, C-025 de 2009, C-029 de 2009, C-408 de 2009, C-334 de 2010, C-828 de 2010, C-648 de 2010 y C-260 de 2011.

<sup>4</sup> Véase, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-590 de 2005, C-591 de 2005, C-730 de 2005, C-673 de 2005, C-979 de 2005, C-1001 de 2005, C-425 de 2006, C-095 de 2007, C-154 de 2007, C-209 de 2007, C-210 de 2007, C-336 de 2007, C-516 de 2007, C-591 de 2005, C-516 de 2007, C-060 de 2008, C-806 de 2008, C-029 de 2009, C-408 de 2009, C-334 de 2010 y C-648 de 2010

<sup>5</sup> Confróntese, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-591 de 2005, C-673 de 2005, C-822 de 2005, C-1194 de 2005, C-190 de 2006, C-423 de 2006, C-789 de 2006, C-1033 de 2006, C-209 de 2007, C-336 de 2007, C-536 de 2008, C-029 de 2009, C-828 de 2010, C-425 de 2006, C-025 de 2009 y C-260 de 2011.

los diversos dispositivos de un sistema de por sí novedoso, mediante el cual se han reformado instituciones procesales que –en últimas– buscan garantizar tanto el deber estatal de impartir “pronta” justicia como el debido proceso de los acusados e investigados.

Por ello, han sido objeto de tales modificaciones los principios rectores y las garantías procesales consagradas en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, las funciones del juez de control de garantías, el incidente de reparación integral, el régimen de las audiencias preliminares y las reglas sobre el diligenciamiento de ciertas actuaciones que no requieren autorización judicial previa<sup>6</sup>. En fin, debe decirse que las mutaciones introducidas producen tales implicaciones negativas que hoy día se puede, incluso, hasta discutir la real naturaleza “acusatoria” del sistema procesal penal adoptado.

Claro está: es evidente que ciertas modificaciones son necesarias en aras de garantizar la unidad y la coherencia en los distintos escenarios del sistema penal nacional. Pero, la incoherencia, el desorden y el desconocimiento de pilares procesales esenciales generan grandes contradicciones y desafueros como los que hoy pueden constataarse en la práctica judicial. No por ello se sigue considerando al sistema procesal penal como *acusatorio*, cuando esto último es bastante impreciso:

*La garantía jurisdiccional nos sirve para determinar que el Derecho Penal lo aplican únicamente los tribunales y que lo hacen por medio del proceso, pero no nos dice nada más y, especialmente, no nos resuelve cómo ha de conformarse ese proceso. A esta segunda cuestión suele decirse que da respuesta la distinción entre dos sistemas procesales penales, pero la distinción entre dos sistemas procesales penales, a los que se denominan sistema acusatorio y sistema inquisitivo, pero la distinción misma está basada en la incomprensión histórica y en un grave error conceptual, que arranca de no precisar lo que es un verdadero proceso<sup>7</sup>.*

No obstante, pese a que urgen arduas discusiones en torno al sistema procesal penal de cara a dotar de sentido y unidad lógica a la

<sup>6</sup> Por ejemplo, véanse las transformaciones introducidas en las reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento (artículo 225 y siguientes), la interceptación de comunicaciones telefónicas (artículo 235 y siguientes), e incluso en materia de la audiencia de control de legalidad posterior (artículo 237).

<sup>7</sup> MONTERO AROCA, Juan/GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/MONTÓN REDONDO, Alberto/BARONA VILAR, Silvia. Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal. 19ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 14.

Ley 906 de 2004, la gran realidad –como en muchos otros escenarios académicos sucede– es que estudios serios sobre estos tópicos son cada vez menos rigurosos, para producir un “estado de opinión” donde la ignorancia soberbia gobierna las discusiones en tratándose de aspectos vitales sobre estas materias. Así las cosas, si se intenta calificar la Ley 906 de 2004 como un patrón “acusatorio” se debe, por lo menos, realizar un estudio minucioso del derecho comparado en aras de identificar sus características, su esencia, su estructura, su finalidad, y la experiencia internacional que se haya generado.

Por ello, resulta indispensable adelantar un examen responsable de los distintos modelos procesales (y en especial, del “acusatorio”, del cual deriva el procedimiento penal adoptado) para, de tal forma, conocer sus aciertos y sus deficiencias. Esa es la razón para que el sistema adversarial (o acusatorio puro) que maneja Estados Unidos se convierta en una herramienta de extraordinaria utilidad para comprender con mayor precisión las instituciones procesales vernáculas. Y dentro de él –dado el modelo propio de los países anglosajones, o *common law*– la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de aquel país se constituye en el principal instrumento para generar una interpretación correcta y un entendimiento cabal de tal sistema procesal; como dice el texto reseñado:

*Todas las reformas de los países verdaderamente democráticos miran a los Estados Unidos de Norteamérica y a su proceso penal federal, principalmente, no solo para tomar instituciones particulares (...), lo que ocurre ya hace tiempo, sino incluso todavía más el proceso como un todo con alguna particularidad nacional (...) Las numerosas investigaciones, además, realizadas en los últimos años sobre todo por doctorandos en procesal penal, demuestran que de una u otra manera consideran el proceso penal federal norteamericano y sus instituciones como referencia inexcusable hoy<sup>8</sup>.*

Por supuesto, pese a la globalización –característica casi inherente a nuestra sociedad– la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, y, de contera, el desarrollo que ha tenido el *sistema adversarial* en dicho país, es de difícil acceso; aunado a ello, las diferencias lingüísticas y las infranqueables barreras propias de un idioma extranjero, dificultan un estudio de estas materias. A esta realidad, poco contribuye la doctrina especializada en lengua española que, en muchas oportunidades, olvida realizar análisis profundos sobre ello.

---

<sup>8</sup> Cfr. p. 15-16.

Por eso, cobra especial importancia la obra traducida al español por el Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer (junto con su equipo integrado por los profesores Iñaki Esparza Leibar, Andrea Planchadell Gargallo, María-Ángeles Pérez Cebada, Ana Beltrán Montoliu y Eskánder Gánem Hernández) pues ella trae a nuestra realidad jurídica un texto de indiscutible valor en las esferas anglosajonas; tiene, pues, razón el prologoísta de la misma, el Prof. Tomas Vives Antón, cuando afirma que

*(...) la traducción de Modern Criminal Procedure, de Kamier, Lafave, Israel y King viene a cubrir un hueco muy importante en la bibliografía de Derecho Procesal Penal en lengua castellana, pues nuestros juristas especializados en esta materia miraban, sobre todo, a Italia y a Alemania cuando, de una parte, la inspiración norteamericana de muchos de los preceptos de la LECrim, es evidente y bien conocida [¿y qué decir de la influencia de este sistema en nuestro Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004!] y de otra, la entrada en vigor de la Constitución de 1978, es decir, de una Constitución normativa y sometida a control jurisdiccional, ha aproximado (...) nuestro sistema al norteamericano<sup>9</sup>.*

Por supuesto, la pregunta inicial que realiza cualquier lector desprevenido de este texto –la que, confieso, me hice– es, ¿por qué esta obra en particular, existiendo en la doctrina norteamericana infinidad de textos que tratan la misma temática? A esta inquietud responde el traductor cuando señala:

*Ante tanto material, y pensando siempre en que incluso para el mejor estudiante es un gran esfuerzo estudiar bien una disciplina jurídica, allá y aquí, como debe ser, nuestra decisión ha sido clara. Si no existe ningún manual traducido, el primer manual norteamericano de Derecho Procesal Penal que debe romper fuego ha de ser el que desde el punto de vista del profesor sea el más básico, el fundamental, el que reúne la esencia de su estudio, el más claro, el más utilizado por los estudiantes norteamericanos, el case book, el libro de casos, y entre ellos, el de más éxito es el que (...) podemos presentar traducido al español<sup>10</sup>.*

<sup>9</sup> Cfr. Op. cit., p. 11. El Prof. GÓMEZ COLOMER señala: “Hace ya muchos años que tuve la idea, una vez comprobadas las bondades de acercar sistemas de enjuiciamiento criminal extranjeros a España con mis experiencias alemanas, de hacer lo mismo con el anglosajón. (...) Hoy, el momento es idóneo, pues como dijera con gran acierto un importante catedrático alemán, el proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica está desarrollando una imparable marcha triunfal, tomándose sus esencias de numerosas reformas de países muy relevantes jurídico-procesalmente, como Alemania o Italia, o influyendo directamente en numerosos códigos de nueva factura, como ha ocurrido en tantos países de América Latina y seguirá ocurriendo”. Vid. Ob. cit., pág. 15.

<sup>10</sup> Cfr. Op. cit., p. 18.

El texto es, como de su nombre se deduce, una recopilación fascinante sobre los casos y pronunciamientos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (algunos, incluso, bastante lejanos en términos temporales como por ejemplo, *Hurtado v. California*, que fue resuelto en 1884). Los propios autores afirman que “los casos de este libro fueron seleccionados por razón de su sustancial importancia en estos momentos, pues refleja la posición actual del Tribunal Supremo en cuestiones de la mayor significación relativas a la forma de actuar (sic) nuestros sistemas de justicia federal y estatales. Pero hemos incluido igualmente algunos casos venerables que contribuyen decisivamente a la comprensión de tendencias y desarrollos actuales”<sup>11</sup>. De tal forma, el libro se edifica como “un curso de conjunto que tenga como fin un examen crítico de cómo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha luchado para resolver una gama de asuntos básicos pero al mismo tiempo muy controvertidos, que se presentan en las diversas fases del proceso penal”<sup>12</sup>.

La importancia –por supuesto evidente– del texto radica no solo en la necesidad existente en nuestra lengua de contar con estos referentes traducidos, sino en la selección de los casos, la jurisprudencia, los temas o el contenido desarrollado a lo largo del mismo, para lograr consolidar así un contenido básico, general, pero fundamental a la hora de abordar ese sistema *adversarial*. Y es que la selección de los casos, lejos de intentar abarcar la voluminosa jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, se dirige a escoger aquellos destacados, relevantes, controversiales (e incluso clásicos o venerables, como los califican los autores del libro), que mejor desarrollo han tenido en aquel sistema penal. De la lectura completa del texto, solo hace falta analizar las consecuencias que se desprenden de casos tan emblemáticos –y muy bien contruidos– como *Miranda v. Arizona*<sup>13</sup>, *Hudson v. Michigan*<sup>14</sup>,

---

<sup>11</sup> Cfr. Op. cit., pág. 23. En el mismo sentido: “Es el libro donde están los casos jurisprudenciales más relevantes que afectan al proceso penal federal USA, ordenados sistemáticamente, con introducciones precisas para comprenderlas, y con una exposición general inicial del desarrollo procedimental del proceso penal y conceptual de los sujetos intervinientes en el mismo más importantes” (Vid. Op. cit., p. 18).

<sup>12</sup> Vid. Op. cit., p. 24.

<sup>13</sup> Caso relevante en relación con la “doctrina de confesión sobre el privilegio de no declararse culpable”, que ha sido aplicado y reiterado en varios casos, como en *Illinois v. Perkins*, *Maryland v. Shatzer*, *Dickerson v. United States*, *Chavez v. Martinez*, entre otros (Vid. Op. cit., p. 527-686).

<sup>14</sup> De vital importancia en tratándose del análisis de la prueba prohibida y sus implicaciones en el debido proceso (Cfr. Op. cit., p. 148-165).

*Spinelli v. United States*<sup>15</sup>, *United States v. Wade*<sup>16</sup> o *Pennsylvania v. Ritchie*<sup>17</sup> para descubrir y evidenciar la ardua selección llevada a cabo: de manera general, los autores introducen temáticas e hipótesis que resultan a todas luces relevantes para clarificar y discurrir en torno a las diversas problemáticas<sup>18</sup>.

Es más, pese a la extensión natural y obvia del derecho procesal penal anglosajón, los autores logran condensar en una obra –de seguro extensa, de casi 1500 páginas– los asuntos más notables. Por ello, optan por confeccionar primero una parte introductoria donde se edifica un panorama general sobre el proceso penal y se hacen consideraciones generales sobre el debido proceso, para pasar luego a “examinar el sistema de justicia criminal desde la detención, el registro y el interrogatorio –en la calle–, pasando por todo el procedimiento hasta la decisión sobre la culpabilidad y el pronunciamiento de la sentencia”<sup>19</sup>. Es así como logran discurrir sobre temas tan variados –y tan relevantes– como las órdenes de registro<sup>20</sup>, los comisos y registro de vehículos y efectos personales sin orden judicial<sup>21</sup>, el derecho de defensa y el llamado amparo de pobreza<sup>22</sup>, la identificación en rueda de personas y demás reconocimientos personales<sup>23</sup>, la libertad provisional durante el juicio<sup>24</sup>, hasta la decisión de la Fiscalía sobre

---

<sup>15</sup> Caso que analizó la causa probable como exigencia o requisito fundamental de una orden judicial (Vid. Op. cit., p. 212-215). Caso con igual importancia, por ejemplo, *Maryland v. Pringle*.

<sup>16</sup> De vital importancia en relación con el análisis de la constitucionalidad del riesgo implícito en las identificaciones o reconocimientos personales por testigos oculares. Cfr. Op. cit. p. 689-699.

<sup>17</sup> Jurisprudencia de extraordinario análisis, donde se verifica “el deber, tanto por la acusación como por la defensa, de revelar antes del juicio a la otra parte la prueba que cada uno de ellos pretende hacer valer en él”. Cfr. Ob. cit., págs. 865-893.

<sup>18</sup> Así, los autores utilizan, en el análisis de los diferentes temas, aproximadamente 160 casos, como puede verse en el desarrollo del texto.

<sup>19</sup> Cfr. Op. cit., p. 24.

<sup>20</sup> Vid. Op. cit., p. 238-250, donde se analizan casos como *Maryland v. Garrison* y *Richards v Wisconsin*.

<sup>21</sup> Tema bastante interesante y muy importante, donde se verifican casos como *California v. Carney*, *Colorado v. Bertie* o *California v. Acevedo*. Cfr. Op. cit., p. 313-349.

<sup>22</sup> Cfr. Op. cit., p. 459-502.

<sup>23</sup> Donde se estudian las implicaciones constitucionales del reconocimiento personal por parte de testigos oculares, a través de decisiones garantistas (por ejemplo, el caso *Wade v. Gilbert*) y de retrocesos por parte del Tribunal Supremo Federal norteamericano (véase, el caso *Kirby v. Illinois*).

<sup>24</sup> Cfr. Op. cit., p. 775-792.



la acusación<sup>25</sup> –y su correspondiente control judicial<sup>26</sup>– pasando por el papel fundamental de la defensa a través de su determinación y competencias<sup>27</sup>. Se evidencia, pues, no solo la variedad de temáticas examinadas sino la relevancia de las mismas y su correspondiente fundamentación.

Pero, si el mérito del texto es indudable, la labor de traducción realizada por el Prof. Gómez Colomer y su equipo, no lo es menos. Verter a nuestro idioma tan extensa obra y mantener el estilo, la redacción y su estructura, no es tarea fácil; por ello, este trabajo está llamado a consolidarse como un referente de obligatorio estudio en tratándose del sistema adversarial norteamericano. La traducción adelantada, en todo caso, se edifica como una ayuda académica invaluable para la doctrina de lengua española –hasta ahora casi olvidada en estas temáticas–. Y si bien, puede pensarse que los desarrollos realizados por el Tribunal Supremo Federal norteamericano pueden ser estudiados directamente sin el apoyo de una traducción oficial, debe recordarse que –como sucede en cualquier ciencia– el derecho anglosajón ha construido su propio lenguaje, lo que de seguro crea serias dificultades a la hora de leer directamente la obra en inglés y añade un valor adicional al trabajo; de ahí las siguientes palabras:

*¿Por qué no acometer entonces la traducción de un buen manual de Derecho Procesal Penal norteamericano que nos ayude a comprender ese proceso penal considerado en su globalidad? La verdad es que no existe ningún manual USA traducido al español. (...) Que todo el mundo sepa inglés, o diga que sabe, para andar por casa es realmente irrelevante cuando uno se*

---

<sup>25</sup> Vid. Op. cit., p. 793-816, donde se analiza la decisión de acusar, así como la selección de los cargos correspondientes, en casos como *United States v. Armstrong* y *United States v. Goodwin*.

<sup>26</sup> En efecto: “*tomando en consideración estas cargas [además de ser el control judicial frente a la acusación fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, vista la lamentable práctica judicial], no sorprende que un sistema de justicia penal preocupado por la protección del inocente incorpore garantías que vayan más allá de la protección frente a condenas erróneas y busque también asegurar que no se presenten cargos infundados frente a un inocente*”. Así, este control se edifica entonces (consecuencia directa de la Quinta Enmienda) como una garantía procesal del acusado, para que tal decisión de la Fiscalía sea revisada por un órgano neutral, ya sea el gran jurado o el magistrado individual. Cfr. Op. cit., p. 817-840.

<sup>27</sup> Esta parte del texto se dedica a analizar “*el nivel y alcance que la asistencia letrada debe proporcionar para satisfacer el derecho constitucional del acusado*”. Cfr. Op. cit., p. 1047. A su vez, hace uso de numerosos casos, entre ellos, *Florida v. Nixon*, *Mickens v. Taylor*, *Strikland v. Washington* y *Indiana v. Edwards*. Cfr. Op. cit., p. 1047-1144.

*enfrenta a Hurtado v. California, redactada en 1884, o para no exagerar, a Miranda v. Arizona, de 1966, porque no entiende absolutamente ninguna palabra con ese nivel*<sup>28</sup>.

Esta producción académica, en resumen, entra a llenar un vacío importante en relación con la doctrina de habla española y acerca a nuestras fronteras interesantes y fundamentales consideraciones adelantadas por la jurisprudencia en relación con el sistema adversarial y con instituciones procesales de tan alta relevancia, que hoy en día, ante su desconocimiento, son modificadas incoherentemente en la legislación. Por ello, si se quiere generar en Colombia un sistema “acusatorio” se debe producir primero una discusión seria, académica y completa en torno a estos temas; en este debate y en la necesidad de resolver nuestra propia identidad procesal, surge la importancia de analizar los contenidos del texto.

En fin, dígase que los autores, con una claridad excepcional, condensan en una memoria escrita los más importantes casos resueltos en la jurisdicción anglosajona; de estas memorias, los estudiantes, profesores, servidores públicos y demás intervinientes en el proceso penal pueden extraer conocimientos que, sin lugar a dudas, podrán brindar mayor claridad al, ya de por sí oscuro, proceso penal nacional. ¡Que todo esfuerzo académico en estas materias sea, pues, por el respecto cabal al debido proceso y a los derechos del acusado, a los que no puede renunciar un proceso penal de verdad democrático!

**JUAN PABLO SIERRA PIÑEROS**  
Asistente Departamento de Derecho Penal,  
Universidad Sergio Arboleda  
Bogotá D. C., 21 de agosto de 2013.

#### BIBLIOGRAFÍA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-590 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-673 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-730 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005.

---

<sup>28</sup> Cfr. Op. cit., p. 16.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1001 de 2005.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-190 de 2006.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-423 de 2006.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 2006.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-789 de 2006.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1033 de 2006.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 2007.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 2007.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 2007.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-210 de 2007.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-516 de 2007.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-519 de 2007.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-060 de 2008.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536 de 2008.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-806 de 2008.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2009.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-408 de 2009.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-334 de 2010.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-828 de 2010.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648 de 2010.  
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-260 de 2011.

MONTERO AROCA, Juan/GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/MONTÓN REDONDO, Alberto/BARONA VILAR, Silvia. Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal, 19º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VÉLEZ OSORIO, LUIS GONZAGA. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012, 210 p.

I. *Otra Cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, es un juicio crítico al desdibujado potencial limitador de las normas procesales penales que definen las restricciones del derecho a la libertad personal en Colombia. En el mismo, se ponen “blanco sobre negro” los reales alcances de la llamada cultura acusatoria en el ámbito del régimen de libertad, desarrollado por la Ley 906 de 2004 y las reformas introducidas por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011. A tales fines, el estudio enseña dos rostros de la cultura penal acusatoria en materia de intervenciones sobre la libertad: uno que se dio en llamar *discursivo o declarado*, que presenta el “respeto de las garantías procesales penales” como uno de los propósitos del sistema procesal penal; y, otro, *no declarado*, que muestra una orientación divergente, esta vez a los fines de conseguir una “mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad” por medio de la introducción de incrementos punitivos indiscriminados, la prohibición de beneficios, el aumento de la exigencia para los subrogados y la ampliación del número de medidas de aseguramiento<sup>1</sup>. De esta manera, por un lado, el estudio devela ciertas metáforas mentirosas del discurso oficial entorno a la excepcionalidad de la prisión preventiva y, por otra parte, en las reformas aludidas, identifica la forma como se ha relativizado la eficacia de las garantías fundamentales como límite a la actividad estatal de investigación penal, por medio de la flexibilización de los presupuestos y la metodología misma de las intervenciones de la Fiscalía y la Policía Judicial.

La obra deja una constancia de escepticismo tanto de la legitimidad como de la eficacia del sistema penal y procesal penal colombiano. En ese sentido, es también un reflejo del carácter político criminal de la línea de estudios a la que se inscribe y en la que ha sido constante la denuncia del *despliegue de un ejercicio punitivo libre de proyectos limita-*

---

<sup>1</sup> Véanse p. 27 y 30 de la obra reseñada; de manera resumida: VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra Cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. *En*: Revista Estudios de Derecho Vol. LXVII. N° 149 (Jun. 2010). Medellín: Universidad de Antioquia-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 118.

dores<sup>2</sup>, como también de una realidad de las instituciones penales marcada por “la dramatización de la violencia; la criminalización de problemas sociales, económicos y políticos; la militarización de la función de policía; la confusión entre las funciones de prevención y represión; y la instrumentalización, cuando no el mero desdén, por los derechos de las víctimas de un conflicto persistente”<sup>3</sup>. Ahora, en el marco de la “Colección mejores trabajos de grado” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia<sup>4</sup>, como una constancia más de la agenda crítica en investigación jurídica, la publicación aúna otra denuncia sobre la instauración, tanto en el discurso como en la práctica, de reformas procesales penales basadas en la enemistad y el desprecio por la libertad personal.

Este estudio constituye un importante aporte para deconstruir serías ficciones del discurso oficial sobre la reforma procesal penal llevada a cabo a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. Precisamente porque la referencia al sistema acusatorio en Colombia, en múltiples iniciativas de reforma procesal penal, ha sido objeto de una extensa manipulación<sup>5</sup>, el estudio aquí reseñado representa un serio intento por develar aquellos ropajes de palabras con los que se ha creído perfilar lo que es y lo que significa procesal y políticamente la metodología acusatoria en materia de intervención a la libertad personal de los justiciables. En palabras de su prologuista, el libro “puede resumirse afirmando que constituye una radical, beligerante y documentada denuncia –¡muy necesaria por cierto!–, en torno al desprecio por la libertad institucionalizada como política en el

---

<sup>2</sup> La línea de investigación en “Derecho Penal y Criminología” está adscrita al grupo de investigación “Derecho y Sociedad” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, reconocido y clasificado en la categoría A por Colciencias. Para más información véase <http://201.234.78.173:8080/gruplac/jsp/visualiza/visualizagr.jsp?nro=00000000001789> (visto por última vez el 18.03.2013).

<sup>3</sup> CALLE CALDERÓN, Armando Luis (Comp.). El estado actual de las Ciencias Penales. Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia 1827-2007. Medellín: Universidad de Antioquia-Ed. Ibáñez, 2009, p. 14.

<sup>4</sup> Las obras pertenecientes a la Colección son de público acceso y pueden ser consultadas en <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/SedesDependencias/DerechoCienciasPoliticasyGpublicacionesMedios/B.coleccionMejoresTra> (visto por última vez el 18.03.2013).

<sup>5</sup> En ese sentido también CALLE CALDERÓN, Armando Luis. Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación. *En*: Nuevo Foro Penal 67 (Ene-Jun. 2005). Medellín: EAFIT, p. 154.

proceso penal colombiano”<sup>6</sup>. Semejante querrela sobre el desprecio de la libertad en el proceso penal es, a la vez, una denuncia sobre la manera como se refunda otra vez un régimen procesal penal autoritario, aunque ahora bajo el amparo de un nombre –el acusatorio– que se asocia con comprensiones democráticas sobre la relación Estado y ciudadanos.

**II.** A los efectos de dilucidar los propósitos no declarados de las Leyes 906 de 2004, 1142 de 2007 y 1453 de 2011 respecto al régimen de libertad, el trabajo desarrolla cuatro capítulos. El primero aborda las justificaciones para la implementación de un sistema acusatorio en Colombia (pp. 35-57). En este capítulo se contrastan dos escenarios divergentes acerca de la justificación inicial de la reforma procesal penal y la implementación real de la misma. Por un lado, aquellos relativos al respeto del derecho a la libertad o llamados “discursos garantistas” a partir de los cuales se vinculó a las motivaciones de la reforma la necesidad de una práctica más restrictiva de afectación a derechos fundamentales (p. 35-40). Esta línea discursiva se expuso constantemente en el debate legislativo<sup>7</sup> y marcó claramente la posición de diferentes sectores académicos en Colombia, por medio de la cual se propagó un firme optimismo en la reforma procesal penal como marco, también, para el logro de una administración de justicia penal más eficiente<sup>8</sup>. Por otra parte,

<sup>6</sup> LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. Prólogo. La libertad en el proceso penal colombiano: avatares y posibles resistencias. En: VÉLEZ OSORIO, Op. cit. nota 1, p. 9.

<sup>7</sup> Véase OSORIO ISAZA, Luis Camilo/MORALES MARÍN, Gustavo. Proceso penal acusatorio: ensayos; actas código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2005, p. 107 ss.

<sup>8</sup> Véase entre otros BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Estructura del proceso penal. Aproximación al proceso penal colombiano. En: Consejo Superior de la Judicatura. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá; CSJ-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005, p. 67 ss.; OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Prólogo del Fiscal General de la Nación. En: AA.VV., Sistema penal acusatorio: reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma. Bogotá: Pontificia Univ. Javeriana, 2005, p. 13; IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. El nuevo Sistema procesal penal. (Atisbos y notas de reflexión). En: XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena: Universidad Libre, 2004, p. 30 ss.; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. La humanización del proceso penal. Bogotá: Legis, 2003, p. 166 ss., 226 ss.; BERNAL CUÉLLAR, Jaime/SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto (Coord.). Estado actual de la justicia Colombiana. Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 15 ss.

se abordan aquellos discursos que postularon una orientación de la reforma procesal penal al fortalecimiento de las funciones de la Fiscalía (p. 41-44) y en conexión con el discurso de la seguridad democrática (p. 45-52). Esta concepción vinculaba la introducción del sistema acusatorio a la “lucha contra la criminalidad” como objetivo político-criminal<sup>9</sup>, junto con la ampliación de competencias a la Fiscalía en materia de investigación<sup>10</sup>. A partir del contraste de estos dos escenarios se muestran las llamadas *finalidades ocultas o no declaradas* que se dice motivaron la implementación del sistema acusatorio en Colombia. El autor resalta, además, la manera como estos propósitos se vinculaban fundamentalmente a una agenda política con la cual se buscaba cumplir los compromisos adquiridos en el

---

<sup>9</sup> Véase entre otros OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Intervención del Fiscal General de la Nación en el acto de sanción presidencial del código de procedimiento penal. En: Proceso penal acusatorio, Op. cit. nota 7, p. 35 ss.; LOMBANA VILLALBA, Jaime. Reflexiones sobre el nuevo sistema de procedimiento penal. En: AA.VV. Sistema penal acusatorio. Bogotá: Diké-Universidad del Rosario, 2005, p. 257; GRANADOS PEÑA, Jaime. Papel del Sistema Acusatorio en la lucha contra la criminalidad. En: La Republica, 04.06.2009 (disponible en [http://cispa.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=33:papel-del-sistema-acusatorio-en-la-lucha-contra-la-criminalidad&catid=15:noticias-spa&Itemid=38](http://cispa.info/index.php?option=com_content&view=article&id=33:papel-del-sistema-acusatorio-en-la-lucha-contra-la-criminalidad&catid=15:noticias-spa&Itemid=38) (visto por última vez el 18.03.2013). Sobre los antecedentes discursivos de dicho objetivo político-criminal como fundamento de las reformas penales en Colombia, véase APONTE CARDONA, Alejandro David. Guerra y Derecho Penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá: Ibáñez, 2006, p. 175 ss.

<sup>10</sup> Sobre el marco de competencias de la Fiscalía General de la Nación a partir de la Ley 906 de 2004, véase, entre otros: MOLINA LÓPEZ, Ricardo. La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana. Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 127 ss.; MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 59 ss.; ESPITIA GARZÓN, Fabio. Instituciones de derecho procesal penal: sistema acusatorio. 7ª. ed. Bogotá: Legis, 2010, p. 145 ss.; GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, 2ª. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 97 ss.; BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. 5a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 313 ss.; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogotá: FGN, 2005, p. 31 ss.; PAZ MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. La reforma constitucional a la Fiscalía General de la Nación. Santiago de Cali: Editorial USC, 2004, p. 40 ss.

marco del Plan Colombia, para lo cual fue también necesaria una reforma procesal penal<sup>11</sup> (p. 53-57).

El segundo capítulo parte de la idea que la *Ley 906 de 2004* “se ocupó de incrementar las restricciones a la libertad personal por medio de tres estrategias fundamentales: i) autorizando la captura del indiciado como manera de anticipar la medida de aseguramiento; ii) desarrollando la captura excepcional bajo presupuestos que reforzaran la eficacia de la labor del fiscal y, iii) aumentando las medidas de aseguramiento y fortaleciendo la detención preventiva” (p. 62). En concordancia con ello, en este aparte se hace especial énfasis en el análisis de la regulación de la captura del indiciado y la valoración de la misma como una forma de anticipación de la medida de aseguramiento, en tanto ambas intervenciones se fundamentan en las disposiciones comunes que rigen el régimen de libertad (arts. 295-296 CPP), logrando una equiparación material entre indiciado e imputado como objeto de restricción en su libertad<sup>12</sup> (p. 62-71). Se ocupa también del tema de la captura excepcional como una violación del principio de imparcialidad y un vaciamiento de la reserva judicial en materia de restricción a la libertad<sup>13</sup> (p. 72-77). Asimismo, aborda la expansión del número de medidas de aseguramiento y la relajación de los fundamentos para imponerla<sup>14</sup> (p. 78-100), como

---

<sup>11</sup> Sobre este hecho en particular, véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Colombia: hacia un derecho penal expansionista. *En: Revista Berbiquí* 29 (2005). Medellín: Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, p. 5 ss.

<sup>12</sup> Dicha extensión de la posibilidad de captura, incluso frente al mero indiciado, fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-479 del 13.06.2007, MP. Álvaro Tafur Galvis, Consideraciones, bajo el argumento de que la Constitución y la Ley no establecen para la captura “una condición temporal (a partir de la imputación) sino funcional (para asegurar la comparecencia de los imputados)”.

<sup>13</sup> Sobre la excepcionalidad de la captura véase APONTE CARDONA, Alejandro David. Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 35 ss.; CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Captura excepcional por parte de la Fiscalía General de la Nación. *En: Facetas Penales* 80 (Mayo, 2009). Bogotá: Leyer, p. 23-31; URIBE GARCÍA, Saúl de Jesús. ¿Se encuentra vigente la detención preventiva administrativa? (captura administrativa). *En: Ratio Juris* Vol. 6. No. 12 (2011). Medellín: Revista de la Universidad Autónoma Latinoamericana, p. 87-117. Sobre las razones de inconstitucionalidad del original art. 300 CP, véase Corte Constitucional, Sentencia C-1001 del 03.10.2005, MP. Álvaro Tafur Galvis, Consideraciones.

<sup>14</sup> Sobre las circunstancias para decretar la medida de aseguramiento, véase, entre otros, BERNATE OCHOA, Francisco. Las medidas de aseguramiento en el nuevo



también el problema de la restrictiva incorporación de causales de libertad (p. 104-108). Sobre ese análisis el autor deja constancia de la manera como el legislador *desvirtuó la excepcionalidad de las restricciones a la libertad* por medio de la proliferación de medidas de aseguramiento y la restricción de causales de libertad.

En los siguientes capítulos se examina las reformas que introdujeron las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, con las cuales se fortaleció la capacidad investigativa de la Fiscalía y se incrementaron las restricciones a las garantías de los justiciables. El capítulo tercero aborda las *modificaciones desarrolladas por la Ley 1142* relativas a la ampliación de los términos para poner el capturado a disposición del juez de control de garantías (pp. 111-113); la eliminación de la presentación personal del capturado para la legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento (p. 113-117); la reincorporación de la captura excepcional y, con ella, los poderes que el fiscal había perdido tras la declaratoria de inexecutable del art. 300 de la Ley 906 de 2004<sup>15</sup> (p. 123-130); la ampliación de presupuestos para la procedencia de la detención preventiva y la extensión del significado de las causales “peligro para la comunidad” y “no comparecencia” (p. 131-145); y la prohibición de beneficios y subrogados en caso de antecedentes penales del justiciable, específicamente para quienes tuvieran sentencias condenatorias dentro de los cinco años anteriores (p. 146-150)<sup>16</sup>.

---

código de procedimiento penal. En: AA.VV., Op. cit. nota 9, p. 128 ss.; APONTE CARDONA, Op. cit. nota 13, p. 101 ss.; CORREA GARCÉS, Elda Patricia. Captura y Detención. En: POSADA ORREGO, John Jaime/JARAMILLO DÍAZ, Juan Guillermo (Comps.). Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2008, p. 269 ss.

<sup>15</sup> Véase Corte Constitucional: Sentencia C-185 del 27.02.2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Consideraciones y Sentencia C-226 del 05.03.2008, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Consideraciones.

<sup>16</sup> Sobre los cambios procesales introducidos por la Ley 1142, véase también MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. Consecuencias de la aplicación de la Ley 1142 en el régimen de privación preventiva de la libertad en Colombia. En: Derecho Penal Contemporáneo 30 (Ene-mar 2010). Bogotá: Legis, p. 69-117; SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿una simple medida procesal-cautelar o una auténtica pena de prisión sin juicio? A propósito de la Ley 1142 de 2007. En: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.). Temas De Derecho Penal. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2008, p. 331-370; MONROY CABRA, Marco Gerardo. Análisis de la Ley 1142 de 2007. En: Facetas Penales 70 (Jul., 2008), Bogotá, Leyer, p. 29-52.

En el capítulo cuarto se discute la Ley 1453 de 2011 o Ley de seguridad ciudadana con la que se reformó el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio, se dictaron otras disposiciones en materia de seguridad y se introdujeron, bajo el argumento de la protección a las víctimas, otros mecanismos para adelantar la “lucha contra el crimen”<sup>17</sup>. Sobre dicha reforma, el estudio aborda básicamente la nueva concepción de flagrancia que se introduce con la misma, por medio de la eliminación de las exigencias de actualidad, identificación y captura que existían para la procedencia de la misma (pp. 155-169); la captura con fines de verificación, en los procedimientos de interdicción marítima, como excepción al postulado de reserva judicial que exige la intervención penal en derechos fundamentales (pp. 170-181); la eliminación del control de legalidad para las capturas producidas con fundamento en sentencia condenatoria (pp. 182-185); el fortalecimiento de la detención preventiva con la redefinición de sus fundamentos y plazos (pp. 182-196); y la consagración de nuevas prohibiciones para subrogados y sustitutos penales, incluyendo nuevas conductas a partir de las cuales se tornan improcedentes dichos beneficios<sup>18</sup> (pp. 186-196).

**III.** El estudio logra contrastar *dos escenarios contradictorios*. Por un lado, aquel que en el marco de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002 propugnaba por el *reforzamiento*

---

<sup>17</sup> Uno directamente vinculado a la protección de las víctimas consiste en la facultad que se introdujo, por medio de la reforma al art. 306 CPP, para que ellas o sus apoderados puedan solicitar directamente la medida de aseguramiento, cuando el fiscal no lo haya hecho. Esto se suma a un amplio catálogo de facultades que poseen desde antes de la reforma del 2011. Sobre dichas competencias, previas a la reforma, véase SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. *Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología*. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2010, p. 54 ss.; GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa*. En: *Derecho Penal y Criminología* 88 (Jul-Dic. 2009). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 17 ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *La víctima en el sistema penal*. Bogotá: Leyer, 2007, p. 407 ss.; URIBE GARCÍA, Saúl. *La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio*. En: POSADA ORREGO/JARAMILLO DÍAZ (Comps.), *Op. cit.*, p. 364 ss.

<sup>18</sup> Sobre las consecuencias de dicha reforma en las iniciativas de terminación anticipada del proceso véase: CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Balace del funcionamiento del sistema penal acusatorio*. Boletín de actualización 2010-2011. Bogotá: CEJ, 2012, p. 9, 53.

de la reserva judicial y la exigencia de un estándar elevado de requisitos para la afectación de derechos fundamentales en el proceso. Por otro lado, en desarrollo de las Leyes 906 de 2004, Ley 1142 de 2007 y 1453 de 2011, un discurso que ampara el *fortalecimiento constante de las facultades de intervención de la Fiscalía* y un régimen de restricciones de derechos, incluso, mucho más gravoso que el contenido en el régimen del proceso penal que lo antecedía (Ley 600 de 2000)<sup>19</sup>. En medio de dicho contraste queda claro cómo se viene delimitando un escenario de *tendencia inquisitiva en materia de restricciones a la libertad personal*, no solo por el carácter cada vez más abierto y discutible de las cláusulas sobre los motivos que legitimarían la limitación de la libertad sino por la ampliación delirante de los supuestos delictivos susceptibles de medida cautelar personal. La imposición de este segundo escenario, es decir, la extensión de supuestos y facultades de intervención de la Fiscalía y de la Policía Judicial representa, sin duda, un vaciamiento de las garantías fundamentales como límite a la actividad estatal de investigación penal y, en consecuencia, una forma de reducción de las facultades del Juez de Control de Garantías para pronunciarse a favor de un ejercicio limitado de la acción estatal encaminada a la búsqueda de la verdad, acopio del material probatorio y verificación de sospechas<sup>20</sup>.

En ese sentido, las reformas discutidas contribuyen aún más a encubrir la consolidación de un verdadero *derecho procesal penal de carácter policial* y dejan constancia de la necesidad estructural de que

---

<sup>19</sup> Sobre la imposición de esta línea político-criminal “dura” o, en otros términos, en torno a los grados en que se ha impuesto el “eficientismo” sobre el “garantismo” en Colombia, véase el clásico trabajo de OROZCO ABAD, Iván/GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: Temis, 1999, p. 31 ss., 161 ss. Acerca de la irracionalidad de la orientación político criminal de las actuales reformas penales en Colombia, véase SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. *En*: Nuevo Foro Penal 71 (Ene-Jun., 2007). Medellín: EAFIT, p. 30 ss. con más referencias.

<sup>20</sup> Sobre el desplazamiento de la competencia reservada al Juez de control de garantías para autorizar las afectaciones por parte de los órganos de investigación, véase ZULUAGA TABORDA, John E. Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia. *En*: Boletín Semestral GLIPGö No. 5, Göttingen, Ene-Jun de 2013; el mismo, Comentarios a la Función de Control de Garantías. A Propósito de la Ley 906 de 2004 o ‘sistema procesal penal acusatorio’. *En*: Co-Herencia Vol. 4-N. 6, Revista de Humanidades – Universidad EAFIT, Medellín, Ene-Jun 2007, p. 133-165.

el ejercicio de las funciones de control por parte del juez se haga dentro de determinados límites de tolerancia, para que no entorpezca aquellas esferas donde las necesidades del sistema de investigación lleguen a ser superadas a costa de la desconexión con los compromisos que, en materia de libertades y derechos, se derivan del modelo constitucional. Se trata de una evidente manifestación inquisitiva que de forma simbólica *arroja sobre la función judicial una cultura muy punitivista*, para hacerla complaciente con un espíritu poco democrático y, en esa medida, incoherente con la idea fundamental que inspira la figura de la reserva judicial al servicio de los derechos de los procesados y de la indemnidad de los mismos de cara a cualquier arbitrariedad. Se trata, a la vez, de una minimización del juez y la jurisdicción penal como límite, ahora en función de la promoción de lo que correctamente dicho sería un subsistema preventivo policial<sup>21</sup>, de un carácter marcadamente extralegal y con una orientación básicamente preventiva<sup>22</sup>.

**IV.** En el caso colombiano, además de la extensión de supuestos y competencias de intervención penal, habría también que decir que la “cultura inquisitiva” en materia de restricciones a derechos fundamentales resulta promocionada por cierta ineficacia de los

<sup>21</sup> Sobre este modelo de intervención penal véase *in extenso* FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. 6ª ed., Madrid: Trotta, 2004, p. 763 ss.; un resumen comparativo de las amplias facultades de intervención penal que se conceden a la policía en otros países latinoamericanos, en AMBOS, Kai/WOISCHNIK, Jan. Las reformas procesales penales en América Latina. En: MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (Coord.). Las reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 849-851; sobre el dominio policial de la investigación penal en Alemania, AMBOS, Kai. Control de la policía versus dominio policial de la instrucción. En: Derecho Penal contemporáneo (Oct.-Dic. 2002). Bogotá: Legis, p. 149 ss.; sobre su manifestación en la cultura procesal colombiana y presentado como una forma de derecho penal eficientista de enemigo, véase APONTE CARDONA, Op. cit. nota 9, p. 486 ss.

<sup>22</sup> Véase ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. El papel de la justicia penal en el estado de la crisis. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate No. 10 (Sep. 1990). Madrid: Jueces para la Democracia, 1990, p. 6. También lo ha dicho FERRAJOLI: “la cuestión prejudicial de una doctrina democrática del proceso penal es la separación que siempre existe, en mayor o menor medida, entre normatividad y efectividad, entre derecho y práctica, entre imagen legal y modalidades reales, entre deber ser y ser del sistema penal. Podemos tener un proceso penal perfecto, pero será siempre una triste cosa allí donde el monopolio judicial de la fuerza no sea absoluto y exista una fuerza pública extralegal” (véase, Jurisdicción y democracia. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate No. 29 (Jul. 1997), Madrid, 1997, p. 4).

controles judiciales a las mismas. Las posibilidades de protección judicial en la etapa de la investigación penal se ven reducidas también por factores que se encuentran fundamentalmente ligados a los presupuestos y a la metodología misma del control sobre los actos de investigación por parte de la Fiscalía y la Policía Judicial. Por un lado, debe mencionarse la *indeterminabilidad de las condiciones materiales de intervención*, es decir, de los motivos fundados a partir de los cuales se pueda concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al investigado<sup>23</sup>. A ello se suma, muchas veces, la ausencia de fundamentos para autorizar una medida o convalidarla, debido a *información unilateral y a un respaldo selectivo, incompleto, táctico y filtrado de los motivos fundados*, así como a la imposibilidad de participación real de los inculcados o sus defensores en esas instancias procesales. Además, resulta particularmente preocupante que los jueces que actúan en funciones de control de garantías muchas veces *no disponen del suficiente tiempo o conocimiento* para evaluar, de forma rigurosa, las solicitudes de autorización o convalidación, razón por la cual en muchos casos se acepta, palabra por palabra, la fundamentación de la Fiscalía<sup>24</sup>. Por otro lado, la *incertidumbre cognoscitiva del debate probatorio ante el Juez de Control de Garantías*<sup>25</sup>, la cual se agrava por la inmensa variedad de *problemas logísticos de las instituciones involucradas en la investigación*<sup>26</sup>.

Un asunto especialmente delicado en la función de control de garantías, es el de la metodología del *control posterior*. La protección realizada no es condición de seguridad jurídica ni indemnidad personal, en cambio sí es condición de sacrificio a principios como los

---

<sup>23</sup> Sobre los motivos fundados como soporte de la restricción de derechos fundamentales en Colombia véase PAVA LUGO, Mauricio, *La defensa en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009, pp. 26-42; GUERRERO PERALTA (*supra* nota 10) pp. 246 ss., 342 ss.

<sup>24</sup> En ese sentido Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá, CEJ, 2010, pp. 115 ss.

<sup>25</sup> En ese sentido también y con referencia a la audiencia de formulación de imputación véase GRANADOS PEÑA, Jaime. Breves reflexiones sobre la afectación de las garantías fundamentales en la formulación de imputación. *En: Derecho Penal contemporáneo* 41 (Oct.-Dic. 2012), Bogotá, Legis, p. 82 ss.; ARANGO H., María Isabel. A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. *En: Nuevo Foro Penal* 75 (2010). Medellín: EAFIT, p. 231-242.

<sup>26</sup> Véase ZULUAGA TABORDA, Op. cit. nota 20, p. 140; CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, Op. cit., nota 24, p. 115 ss., 255 ss.

de necesidad, proporcionalidad y racionalidad en el control, a partir de valoraciones cognoscitivamente inciertas. En efecto, la relación garantista que se deriva del control posterior lleva a concluir que la formación de la convicción judicial, sobre lo que se decide en torno al objeto de las distintas audiencias, depende de un grado de probabilidad fundado en unas reglas de actuación cuyo estatus lógico-cognoscitivo es generalmente incierto y contaminado por el contexto cultural policial (discrecional y peligrósista), cuya fuerza inductiva en muchas ocasiones no es suficientemente refutable y verificable, ora por la exigencia de secreto, ora por la inadecuada forma en la que se ejerce el derecho de contradicción, etc.<sup>27</sup>. La ineficacia de los controles judiciales a actos de investigación o intervención de la Fiscalía o Policía judicial representa un camino para el *vaciamiento de las garantías fundamentales* que se refuerza, incluso, por la indeterminabilidad de las denotaciones fácticas y jurídicas que sostienen las subsunciones del juez (generalizaciones y prejuicios como terrorista, peligroso, drogadicto, ratero, etc.) como criterio para el control a las actuaciones preliminares.

**JOHN E. ZULUAGA TABORDA**

Abogado de la Universidad de Antioquia.

LL.M., doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen y becario del DAAD.

Integrante del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal de Göttingen (GLIPGö).

## BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai/WOISCHNIK, Jan. Las reformas procesales penales en América Latina. En: MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (Coord.). Las reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

AMBOS, Kai. Control de la policía versus dominio policial de la instrucción. En: Derecho Penal contemporáneo (Oct.-Dic. 2002). Bogotá: Legis, p. 149 ss.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. El papel de la justicia penal en el estado de la crisis. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate No. 10 (Sep. 1990). Madrid: Jueces para la Democracia, 1990, p. 6-8.

---

<sup>27</sup> Véase, CALLE CALDERÓN, Op. cit. nota 5, p. 167; RIVERA LOAIZA, Julián. El Juez de Garantías ¿La dimensión más transparente de la justicia? En: Revista de Derecho Penal, Bogotá: Leyer, No. 40, p. 47; ZULUAGA TABORDA, Op. cit. nota 20, p. 140.

APONTE CARDONA, Alejandro David. Guerra y Derecho Penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá: Ibáñez, 2006.

------. Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

ARANGO H., María Isabel. A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. En: Nuevo Foro Penal 75 (2010). Medellín: EAFIT, p. 231-242.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Estructura del proceso penal, Aproximación al proceso penal colombiano. En: Consejo Superior de la Judicatura. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá; CSJ-Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla, 2005, p. 67-110.

BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. 5a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime/SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto (Coord.). Estado actual de la justicia Colombiana. Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BERNATE OCHOA, Francisco. Las medidas de aseguramiento en el nuevo Código de Procedimiento Penal. En: AA.VV. Sistema penal acusatorio. Bogotá: Díké-Universidad del Rosario, 2005, p. 128 ss.

CALLE CALDERÓN, Armando Luis (Comp.). El estado actual de las Ciencias Penales. Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia 1827-2007. Medellín: Universidad de Antioquia-Ed. Ibáñez, 2009.

------. Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación. En: Nuevo Foro Penal 67 (Ene-Jun. 2005). Medellín: EAFIT, 2005, p. 145-175.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Captura excepcional por parte de la Fiscalía General de la Nación. En: Facetas Penales 80 (Mayo, 2009). Bogotá: Leyer, p. 23-31.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio. Boletín de actualización 2010-2011. Bogotá: CEJ, 2012.

CORREA GARCÉS, Elda Patricia. Captura y Detención. En: POSADA ORREGO, John Jaime/JARAMILLO DÍAZ, Juan Guillermo (Comps.). Re-

flexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2008, p. 269 ss.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1001 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-185 de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-226 de 2008.

ESPITIA GARZÓN, Fabio. Instituciones de derecho procesal penal: sistema acusatorio. 7ª. ed. Bogotá: Legis, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. 6ª ed., Madrid: Trotta, 2004.

----- . Jurisdicción y democracia. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate N. 29 (Jul. 1997), Madrid, 1997, p. 3-9.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogotá: FGN, 2005.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa. En: Derecho Penal y Criminología 88 (Jul-Dic. 2009). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 17 ss.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La víctima en el sistema penal. Bogotá: Leyer, 2007.

GRANADOS PEÑA, Jaime. Papel del Sistema Acusatorio en la lucha contra la criminalidad. En: LaRepública, 04.06.2009 [en línea]. Disponible en: [http://cispa.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=33:papel-del-sistema-acusatorio-en-la-lucha-contra-la-criminalidad&catid=15:noticias-spa&Itemid=38](http://cispa.info/index.php?option=com_content&view=article&id=33:papel-del-sistema-acusatorio-en-la-lucha-contra-la-criminalidad&catid=15:noticias-spa&Itemid=38) [fecha de la consulta: 18 de marzo de 2013].

----- . Breves reflexiones sobre la afectación de las garantías fundamentales en la formulación de imputación. En: Derecho Penal contemporáneo 41 (Oct.-Dic. 2012), Bogotá, Legis, p. 79-100.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, 2ª. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto. El nuevo Sistema procesal penal. (Atisbos y notas de reflexión). En: XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena: Universidad Libre, 2004, p. 30 ss.

LOMBANA VILLALBA, Jaime. Reflexiones sobre el nuevo sistema de procedimiento penal. En: AA.VV. Sistema penal acusatorio. Bogotá: Diké-Universidad del Rosario, 2005, p. 250-286.



LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. Prólogo. La libertad en el proceso penal colombiano: avatares y posibles resistencias. En: VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012, p. 9-24.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. Consecuencias de la aplicación de la Ley 1142 en el régimen de privación preventiva de la libertad en Colombia. En: Derecho Penal Contemporáneo 30 (Ene-Mar 2010). Bogotá: Legis, p. 69-117.

MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Bogotá: Ibáñez, 2011.

MOLINA LÓPEZ, Ricardo. La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana. Bogotá: Ibáñez, 2012.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Análisis de la Ley 1142 de 2007. En: Facetas Penales 70 (Jul., 2008), Bogotá, Leyer, p. 29-52.

OROZCO ABAD, Iván/GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: Temis, 1999.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Prólogo del Fiscal General de la Nación. En: AA.VV., Sistema penal acusatorio: reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma. Bogotá: Pontificia Univ. Javeriana, 2005.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo/MORALES MARÍN, Gustavo. Proceso penal acusatorio: ensayos; actas código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2005.

PAVA LUGO, Mauricio. La defensa en el sistema acusatorio, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

PAZ MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. La reforma constitucional a la Fiscalía General de la Nación. Santiago de Cali: Editorial USC, 2004, p. 40 ss.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. La humanización del proceso penal. Bogotá: Legis, 2003.

----- . Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2010.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. En: Nuevo Foro Penal 71 (Ene-Jun., 2007). Medellín: EAFIT, p. 30 ss.

SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿una simple medida procesal-cautelar o una

auténtica pena de prisión sin juicio? A propósito de la Ley 1142 de 2007. En: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.). *Temas de Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2008, p. 331-370.

URIBE GARCÍA, Saúl de Jesús. ¿Se encuentra vigente la detención preventiva administrativa? (captura administrativa). En: *Ratio Juris* Vol. 6. No. 12 (2011). Medellín: Revista de la Universidad Autónoma Latinoamericana, p. 87-117.

------. La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio. En: POSADA ORREGO, John Jaime/JARAMILLO DÍAZ, Juan Guillermo (Comps.). *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2008, p. 364 ss.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Colombia: hacia un derecho penal expansionista. En: *Revista Berbiquí* 29 (2005). Medellín: Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, p. 5-20.

VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra Cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. En: *Revista Estudios de Derecho*, Vol. LXVII. N° 149 (Jun. 2010). Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 115-136.

ZULUAGA TABORDA, John E. Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia. En: *Boletín Semestral GLIPGö* No. 5, Göttingen, Ene-Jun de 2013, p. 23-35.

------. Comentarios a la Función de Control de Garantías. A Propósito de la Ley 906 de 2004 o ‘sistema procesal penal acusatorio’. En: *Co-Herencia* Vol. 4-N. 6, Revista de Humanidades – Universidad EAFIT, Medellín, Ene-Jun 2007, p. 133-165.



V  
Entrevista





PROFESOR MARIO TRAPANI

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ

En primer lugar, queremos agradecerle la amabilidad que ha tenido con nuestra Revista, al permitirnos realizar esta entrevista con la que se inaugura una nueva sección en ella; este es, sin duda, uno más de los gestos de deferencia de su parte y es expresión de la grata relación que ha tenido Usted con el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, de donde es profesor desde ya hace algunos años, tanto en la Especialización en Derecho Penal como en la Maestría-Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal.

C.D.P: En primer lugar, quisiéramos que nos contara acerca de su formación y trayectoria académicas.

**Prof. Mario Trapani:**

Primero vale subrayar que en Italia, a diferencia de Colombia, aun hoy en día la mayoría de las Universidades son públicas; por lo tanto, la carrera académica “oficial” es pública estatal y se llega a ella como profesor a través de concursos públicos que se realizan en el ámbito nacional.

Yo adelanté toda la trayectoria académica –el denominado *cursus honorum*– hasta llegar al máximo nivel de la docencia en 1995. Recién graduado, mientras servía a mi Patria como militar (Oficial de la Policía Fiscal), gané una beca del Consejo Nacional de Investigaciones (CNR). Dos años después, fui nombrado Profesor de planta de primer nivel (en Italia se denomina “Investigador Confirmado” es decir Profesor Auxiliar) de Derecho Penal. En 1986, siendo muy joven, teniendo en cuenta los tiempos largos que, por lo general, se necesitan en Italia para llegar a ser catedrático, gané el primer

concurso nacional libre a cátedras, que se realizó después de la reforma universitaria de los años ochenta, en calidad de Profesor de planta de segundo nivel, es decir, Profesor “Asociado” de Derecho Penal, papel que desempeñé por nueve años en la Universidad de Módena, donde obtuve mi primera cátedra, periodo que siempre recuerdo con afecto.

Finalmente, cerca a mis 40 años, fui nombrado Profesor “Ordinario”, cargo que corresponde al máximo nivel de la carrera académica pública en Italia, y, luego de estar un año más en Modena, fui llamado en 1996 a la Facultad de Derecho (mejor dicho: de “Jurisprudencia”) de la Universidad de Roma Tres, donde continúo actualmente.

No puedo olvidar, entre otras cosas, una experiencia didáctica y de vida muy importante, diría fundamental, que adelanté en los años noventa como Catedrático de Derecho Público en la Academia Militar de Módena, donde estudian y se entrenan todos los cadetes oficiales del Ejército italiano.

Antes de mi formación como jurista, en lo que concierne a mi carrera escolástica, como alumno del Liceo Clásico estudié, entre otras materias, principalmente literatura, latín, griego antiguo, historia y filosofía, lo que me brindó una formación eminentemente humanista.

Egresado del Liceo Clásico, presenté y superé con notas sobresalientes unos exámenes en la Facultad de Literatura Antigua, sobre materias tales como lengua y literatura griega antigua, filología Micenea e historia comparada de los idiomas clásicos; además, había preparado los de filología clásica, glottología antigua y de historia de Roma. Esta pasión por los estudios humanísticos me fue transmitida, desde que era muy joven, por parte de un queridísimo amigo de mi familia, Mario Scotti, profesor de Literatura Italiana en la Universidad La Sapienza, quien desafortunadamente falleció hace algunos años, pero siempre estará en mi corazón; no puedo olvidar, todavía, las larguísimas discusiones que sosteníamos con frecuencia hasta el amanecer.

Luego fui a la Facultad de Derecho, la cual, según la tradición italiana, se llamaba –con una fórmula mucho más evocativa– Facultad de Jurisprudencia. En aquella época, cuando empecé, había solo una Universidad en Roma, que era la histórica Universidad La Sapienza. Como estudiante, fui muy afortunado porque en los años 70, gracias a una singular coincidencia, se encontraban en La Sapienza los me-

jores profesores de Derecho de aquel periodo histórico, así que estudié con profesionales muy destacados como Edoardo Volterra en Instituciones de Derecho Romano, Sergio Cotta en Filosofía del Derecho, Michele Giorgianni en Derecho Civil, Giuseppe Ferri y Giorgio Oppo en Derecho Comercial, Renato Scognamiglio en Derecho Laboral, Massimo Severo Giannini y Giuseppe Guarino en Derecho Administrativo, Roberto Ago en Derecho Internacional, Riccardo Orestano en Derecho Romano, Gino Gorla en Derecho Comparado, Giuseppe de Luca en Procedimiento Penal, Virgilio Andrioli en Derecho Procesal Civil, es decir los mejores profesores que había en su momento.

Mi profesor de Derecho Penal y mi Maestro –no solo de derecho, sino también de la vida– fue Marcello Gallo, discípulo a su vez de Francesco Antolisei y, actualmente, Decano de los penalistas italianos, quien, en mi opinión, indudablemente es el teórico penalista más importante de la segunda mitad del siglo pasado en Italia (y, creo también, uno de los más destacados en el mundo).

Marcello Gallo es autor de obras fundamentales de teoría del delito, las cuales dieron un giro a la dogmática penal italiana, como las que escribió muy joven, entre los 23 y 30 años de edad: “La teoría de la acción finalista en la más reciente doctrina alemana”, en la cual fue el primero que separó lo transitorio de lo permanente de la teoría welzeliana, y otras monografías como “El dolo. Objeto y averiguación”, “Lineamientos de una teoría sobre el concurso de personas en el delito”, hasta llegar a una obra de teoría general, para mi imprescindible en la formación de cualquier penalista: “El concepto unitario de culpabilidad”. Estas obras, dicho sea de paso, se convirtieron en monografías esenciales dentro de la dogmática penal italiana.

En la última década, salieron los –hoy seis– volúmenes de los “Apuntes de *Derecho Penal*”, los que, a pesar del título, aparentemente “reductivo”, representan en realidad un verdadero “sistema” de Derecho Penal, resultado de casi setenta años de original elaboración dogmática y de política criminal, y que, como toda la producción científica del Maestro, deberían ser traducidos al castellano para trasladar su conocimiento y correspondiente utilización por parte de una platea mucho más vasta que la italiana, la de habla hispana.

Para concluir, deseo además recordar que –después de graduarme en Jurisprudencia con la nota *summa cum laude* y obtener la califi-



cación de “dignidad de la tesis” para su publicación– en el periodo que pasé en la Universidad La Sapienza como joven profesor investigador-auxiliar conocí también y colaboré, en particular, con otros dos eminentes penalistas de aquel tiempo: Giuliano Vassalli y Tullio Delogu, este último Director del célebre Instituto de Derecho Penal de La Sapienza, fundado por Enrico Ferri y dirigido, entre otros, por Arturo Rocco y Filippo Grispigni.

**C.D.P.:** ¿Cuál cree usted que es el estado actual de la Academia en Italia?

**Prof. Maro Trapani:**

Actualmente se encuentran, como en todos los periodos históricos, autores intelectualmente interesantes, aunque desafortunadamente creo que hoy en día el sistema universitario italiano y la Academia, como también ocurre fuera de Italia, sufren de graves problemas de burocratización, por lo que se considera más importante la cantidad que la calidad del trabajo de los estudiosos; esto, por supuesto, no contribuye, en general, al desarrollo de la ciencia y, en particular, impide que los jóvenes talentosos puedan destacarse.

**C.D.P.:** ¿Qué tendencias dogmáticas predominan hoy en día en Italia?

**Prof. Maro Trapani:**

Desde la mitad de los años 80, es un hecho que la mayoría de los penalistas italianos siguen la concepción tripartita, aunque es importante subrayar que en Italia nunca ingresó de manera dominante la teoría de la acción final de Welzel algo que, por el contrario, ocurrió en la mayoría de los países de tradición jurídica de *civil law*, puesto que los italianos, de cualquier tendencia dogmática –bipartita o tripartita– desde siempre manifestaron su preferencia por la perspectiva causalista. Adicionalmente, la tripartición que tenemos hoy en Italia sigue la línea de las escuelas clásicas y neoclásicas alemanas, especialmente la de tradición belingiana, más que la sistemática que hoy en día impera en Alemania, puesto que solo algunos autores siguen plenamente las concepciones contemporáneas alemanas que –como se sabe– ubican los elementos del delito en dos grandes categorías: *Unrecht* y *Schuld*, esto es, ilícito y culpabilidad.

**C.D.P.:** ¿Qué opina usted acerca de las propuestas dogmáticas contemporáneas que se han dado en Alemania?

## Prof. Mario Trapani:

Yo creo, verdaderamente, que en Alemania puede hablarse de un “antes” y un “después” de Welzel. Me considero un normativista sistemático y de todas maneras veo que hoy en día en aquel país la dogmática más reciente tiene una sistemática –la que ubica los elementos del delito bajo las dos categorías superiores de ilícito y culpabilidad– algo que, paradójicamente, puede estar muy cerca de la sistemática tradicional bipartita italiana, puesto que los penalistas alemanes actualmente adoptan la tripartición pero en medio de una bipartición entre injusto y culpabilidad y es solo en el ámbito del injusto que se encuentra la tripartición entre tipo objetivo, tipo subjetivo y antijuridicidad (entendida, siempre, “en negativo” como simple ausencia de causales de justificación).

Al final, todo esto significa que hay un “injusto” –esto es un ilícito en sentido estricto– el cual puede ser cometido de la misma manera por los imputables que por los inimputables, tal como lo consideraba la “vieja” teoría bipartita de Antolisei – que fue la doctrina dominante en Italia por más de cuarenta años y que distinguía por un lado el ilícito penal y, por el otro, la imputabilidad, ésta última no como parte de la teoría del delito, sino como parte de la teoría del reo. Imputabilidad, que, después de una sentencia de 1988 de la Corte Constitucional italiana, tiene que concurrir también con la “cognoscibilidad” (es decir, posibilidad de conocimiento) del desvalor penal del hecho al fin de la “punibilidad” del autor del ilícito, quedando bien claro que la categoría dogmática de la “imputabilidad” está “fuera” del ilícito. Así que, en mi opinión, al final podría decirse que en Alemania la distinción hoy dominante entre injusto y culpabilidad puede concordar y acercarse a la tradicional concepción bipartita italiana –la cual muestra así su perenne actualidad– que siempre distinguió entre el ilícito, por un lado, y la imputabilidad y otras situaciones, por el otro, como elementos que están fuera del ilícito y condicionan exclusivamente la posibilidad de aplicación de la pena.

Así entonces, me parece que, al final, la única verdadera diferencia entre la doctrina alemana dominante y la de la tradición italiana es solo con referencia a la individuación de los elementos constitutivos del ilícito, puesto que la teoría clásica italiana “bipartita” conoce exclusivamente un tipo objetivo y un tipo subjetivo (tradicionalmente denominados como “elemento objetivo” y “elemento subjetivo”), en donde las causales de justificación son solo elementos “negativos” del tipo, sea en la perspectiva objetiva o en la subjetiva. Añado una

observación fundamental: en mi opinión, la perspectiva bipartita es la única realmente congruente con la disciplina del Código Penal italiano vigente, según el cual la suposición errónea de la presencia de los presupuestos de hecho de una causal de justificación excluye *tout court* el dolo, o sea la realización del ilícito y no la simple culpabilidad.

**C.D.P.:** Son conocidas por sus múltiples alumnos colombianos, sus opiniones sobre la propuesta del Prof. Claus Roxin. ¿Podría darnos una idea breve, pues somos conscientes de lo complejo del tema, sobre su postura al respecto?

**Prof. Mario Trapani:**

Yo creo que el problema que deriva de la construcción teórica y de la consecuencial propuesta teórico-dogmática de Roxin –seguramente uno de los más distinguidos penalistas en la actualidad– está en su perspectiva metodológica ligada fundamentalmente a la posición del pensamiento problemático-tópico, puesto que cada día estoy más convencido de que una correcta dogmática jurídica penal puede ser solo “sistemática” en el sentido estricto de la palabra.

Dicho de otra manera, esto significa la necesidad de construir dogmáticamente un sistema penal “cerrado”. En efecto –y no obstante todas las dificultades que pueden encontrarse especialmente en la denominada “práctica”– solo un sistema conceptual estrictamente “cerrado” y, por lo tanto intrínsecamente “coherente”, puede garantizar, en la medida máxima posible, y en consecuencia exigible, la “certeza” en la aplicación del derecho, la cual es la “garantía” más importante en el Derecho Penal, que –se necesita siempre recordar– es la rama del ordenamiento jurídico que afecta aquel bien supremo y fundamental del hombre representado en la libertad personal y que, consecuentemente, puede tolerar solo un riesgo “mínimo” de desigualdad de tratamiento entre casos similares.

En esta perspectiva, me parece esencial subrayar, una vez más, que el pensamiento “dogmático-sistemático” es una propuesta “metodológica” opuesta, y por tanto lógicamente incompatible, respecto al pensamiento “tópico” (denominado también, no por casualidad, “problemático”). Como se ve, se trata de metodologías claramente contrapuestas, siendo la sistemática fundada en la individuación de conceptos, según un procedimiento lógico-deductivo, y la tópica, como discusión de problemas referida al caso concreto, en el descu-

brimiento de la solución jurídica específicamente correcta a través de un procedimiento de naturaleza inductiva, evaluando el pro y el contra de todas las argumentaciones imaginables. Metodología problemático-tópica, que parece ser –no obstante los reconocimientos formales que hace en el Tratado a la sistemática (no por nada definida “tradicional”, que no podría ser sustituida totalmente por la tópica)– la que Roxin al final favorece hablando de una –en mi opinión, teóricamente improbable– síntesis entre los dos tipos de pensamiento.

Ahora bien, en lo concerniente a la propuesta roxiniana de una “nueva” sistemática, diferente a la tradicional, y fruto de una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático, que el mismo Roxin denomina “sistema teleológico-político criminal” o político-criminalmente orientado, yo, que soy de pensamiento muy tradicional, y, por tanto, científicamente, a favor de la absoluta claridad conceptual (especialmente en la construcción dogmática del Derecho Penal) –claridad que es intrínsecamente enemiga del conceptualismo, y contraria a cualquier forma de “eclecticismo”–, prefiero distinguir nítidamente, según la tradición italiana que se remonta a Rocco y al denominado “tecnicismo jurídico”, entre la “dogmática” y la “política criminal”, porque la política criminal en sentido propio, al ser una rama de la política *tout court*, tiene como contenido típico las elecciones de naturaleza política en el campo específico del Derecho Penal; elecciones políticas –según las Constituciones de todos los Estados democráticos modernos y en función de garantía máxima de los ciudadanos– que son de exclusiva competencia del “legislador” (en particular del Parlamento como representante político de la soberanía del pueblo).

En realidad, me parece que cuando Roxin intenta reconstruir las categorías dogmáticas del delito a la luz de los principios de política criminal, puntualizando sin embargo claramente que “la dogmática (incluyendo la sistemática de la teoría general del delito) tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación” y que “el dogmático (sea científico o juez) debe por tanto argumentar como el legislador; en cierto modo tiene que acabar de dibujar en todos sus detalles la imagen o modelo del Derecho vigente que el legislador solo puede trazar a grandes rasgos” (así, textualmente, en Derecho Penal, P. G., traducción de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Luzón Peña y otros, Civitas, 1997, p. 225), al final la idea de política criminal que Roxin maneja es el

“viejo” concepto de *ratio*, es decir, el significado o la “función” que tiene cierta categoría dogmática en la construcción de una teoría del delito (o el significado de cierto tipo de delito, lo que constituye la denominada *ratio* de la incriminación); dicho de otra manera: se trata de la denominada “*intentio legis*” objetivada (no la “*intentio legislatoris*”!) que, como es notorio desde siempre, solo puede derivarse de una correcta interpretación “sistemática” de todas las disposiciones de ley. No me parece, por lo tanto, necesario complicar lo que desde siempre ha sido claro para los dogmáticos y los teóricos del derecho (no solo penal), multiplicando los conceptos (“*Entia non sunt multiplicanda sine necessitate*”, como categóricamente decía William de Ockham introduciendo un principio metodológico fundamental a la base del pensamiento científico moderno).

**C.D.P.:** ¿Qué opina usted de la dogmática penal de América Latina?

**Prof. Mario Trapani:**

Yo veo claramente una gran diferencia entre los diversos países de América latina, puesto que en algunos existe una notable profundización de la dogmática, en ciertos aspectos también muy innovadora y, además, una notable curiosidad intelectual de los investigadores, en particular, los jóvenes.

Especialmente en Colombia, veo con interés esta curiosidad intelectual, aunque me doy cuenta también de que la mayoría de los autores que se ocupan de Derecho Penal (en particular de su “parte general”) tienen el grave defecto –que en mi opinión es seguramente así– de seguir casi por completo la dogmática alemana, o mejor dicho, como ocurre hoy en día también en Italia, España y otros países europeos y no europeos, de seguir la última moda que viene de Alemania. Pero veo complacido que –al menos en una parte de los penalistas colombianos– surge un renovado interés por la dogmática “clásica” italiana; esto me parece culturalmente muy interesante, no por un espíritu de orgullo “nacional” de mi parte que sería científicamente sin sentido, sino como clara manifestación de “cansancio” intelectual frente a la –hasta hoy– traslaticia costumbre de la mera “recepción” de ideas y de construcciones teóricas “ajenas”.

En efecto, esta evaluación se deriva de la consideración –de la cual yo estoy, desde siempre, íntimamente convencido– de que no hay posibilidad, ni siquiera teórica (¡al menos hasta que no exista un único código penal mundial!), de una dogmática penal “universal”,

contrariamente a lo que consideran, no por casualidad, los alemanes (piénsese, por citar alguno, en la postura de Schünemann), ya que no es posible simplemente “exportar” categorías dogmáticas de un país a otro, y menos de un país como Alemania que todavía tiene un sistema penal orientado éticamente. Así se deduce, en particular, de la forma diferente en que los diversos ordenamientos jurídicos disciplinan el instituto de la tentativa.

En efecto, si –como considero es teóricamente correcto– son los “conceptos dogmáticos” los que deben ser traídos interpretativamente de las leyes (y no, al contrario, las normas de los conceptos: ¡ese es el grave error del “conceptualismo” y, en consecuencia, su peligrosidad en la construcción dogmática!), dado que cada país tiene sus propias leyes diferentes, no puede lógicamente existir una única dogmática que valga para todos los países del mundo en cualquier periodo histórico.

Dicho fenómeno de mera “imitación de los modelos” (como dirían los comparatistas) no es un defecto que se encuentra exclusivamente en Colombia; como ya he dicho, en Italia también la actual doctrina penalista está fuertemente influenciada por la dogmática alemana, como si todo lo bueno llegase de fuera del país, mientras claramente no es así, considerando que nuestros autores “clásicos” –piénsese en Carrara– nada tienen que envidiar, ni siquiera a los clásicos alemanes, que, no por casualidad, bien conocían a los autores italianos. Desde luego, yo creo que Colombia tiene inteligencia suficiente, también entre los jóvenes penalistas, para reflexionar autónomamente y desarrollar así su propia dogmática.

**C.D.P:** Teniendo en cuenta su calidad de discípulo directo del Prof. Gallo, quien fue alumno del Prof. Antolisei, nos gustaría saber cuál cree Usted que es la vigencia del pensamiento de este último.

**Prof. Mario Trapani:**

Desafortunadamente, creo que en la actualidad ese pensamiento no tiene mucha vigencia, en particular entre los académicos, puesto que, como ya he dicho, la mayoría de los catedráticos italianos, fundamentalmente, siguen la teoría de la tripartición. Claro que también Antolisei fue un autor influenciado del contexto cultural de su momento histórico y, por ende, tiene influjos fuertes, entre otros, provenientes de la Escuela Positiva; en particular, él fue el promotor de una de las corrientes positivistas denominadas “moderadas”,

que él mismo indicó con el nombre de “concepción realística del ilícito penal” (fórmula luego retomada, pero en sentido parcialmente diferente, por Gallo).

Sin embargo, se necesita recordar cómo, hasta comienzos de los años 90, el *Tratado de Derecho Penal* de Antolisei era el más difundido y de hecho casi el único manual que se estudiaba en las universidades de Italia –podríamos decir: “el Manual de Derecho Penal” por antonomasia–, así que todos los magistrados y abogados que estudiaron en aquel periodo estudiaron el libro de Antolisei (el más utilizado también en la preparación de los exámenes para todos los concursos públicos y para la profesión de abogado). Lo anterior explica así mismo cómo, al final, la misma jurisprudencia italiana no se haya alejado mucho del pensamiento de Antolisei (quien, recuerdo, fue también un óptimo abogado, muy sensible a las exigencias de la práctica).

**C.D.P:** ¿Cuáles cree usted que son los retos de la dogmática penal contemporánea?

**Prof. Mario Trapani:**

Contrariamente a lo que muchos penalistas piensan hoy en día –sugestionados por las últimas modas del pensamiento tópico-problemático anglo-americano, adicionalmente a menudo mal entendido–, creo que “dogmática” no es una “mala” palabra –casi herencia de los tiempos antiguos y, por tanto, parte de los recuerdos de la historia–, sino un término indicativo de una actividad absolutamente indispensable para cualquier jurista, porque hacer dogmática –en particular, en la rama del Derecho Penal– significa traer conceptos de las disposiciones de ley y organizarlos en un sistema. Por eso, estoy convencido de que hoy en día la tarea de la dogmática, y su verdadero reto, es conceptualizar un verdadero “sistema cerrado” que pueda impedir (mejor: intentar hasta donde sea posible) que en la práctica existan violaciones del principio de tratamiento igual entre ciudadanos, dado que, como ya he dicho, el valor fundamental en el Derecho Penal es el de la “certeza” del derecho, según las enseñanzas, aún muy actuales, de un grande italiano, Cesare Beccaria, cuyo *pamphlet*, “*Dei delitti e delle pene*”, en el 2014 cumplirá 250 años desde su publicación.

Eso significa que cualquier persona tiene que saber, razonablemente, cuál será la evaluación que el Derecho Penal hará sobre su comportamiento y solo una dogmática sin “zonas grises” con conceptos nítidos y claros puede cumplir esa tarea fundamental para las ga-

rantías de los individuos. Ahora bien, puesto que la construcción dogmática de un sistema conceptual cerrado no es para nada fácil y exige obviamente un trabajo intelectual sin duda muy laborioso, ésta, quizá, es la verdadera razón por la cual muchos penalistas deciden hoy en día dejar de lado la dogmática, prefiriendo “describir” más bien que “explicar” –como tiene que hacer un verdadero dogmático– los fenómenos jurídicos.

**C.D.P:** ¿Qué opina usted de las actuales corrientes dogmáticas norteamericanas y anglosajonas, que poco a poco empiezan a permear al derecho continental?

**Prof. Mario Trapani:**

Me parece evidente que las corrientes dogmáticas norteamericanas tienen un fundamento principalmente procesal, pero, observando en particular el sistema penal, nunca, en ningún ordenamiento positivo, también del *civil law*, el derecho denominado sustancial tiene una verdadera autonomía frente al derecho procesal, porque es solo a través del proceso penal, es decir a través de la decisión de un juez después de un procedimiento desarrollado según las reglas previamente establecidas por la ley, que puede aplicarse efectivamente la norma penal al caso concreto. De hecho, solo para exigencias didácticas permanece la distinción entre norma penal sustancial y norma penal procesal cuando, en verdad, la norma penal sigue siendo “unitaria” con momentos sustanciales y procesales.

Contrario a lo que muchos penalistas italianos todavía hoy creen, manifestando un superficial “esnobismo” intelectual, que los anglosajones en general y los norteamericanos en particular no tienen una “verdadera” dogmática penal, “digna” de este nombre, yo considero que eso no corresponde a la verdad dado que, por el contrario, los *common lawyers* tienen su propia dogmática, sin duda original, y que –en mi opinión– es adicionalmente refinada. Claro que se trata de una dogmática muy diferente a la italiana y especialmente a la alemana, como quedó históricamente confirmado por el fracaso de la tentativa de “importación” de la dogmática alemana en los Estados Unidos de América por un destacado penalista estadounidense, George Fletcher, al final de los años setenta (me refiero a la magnífica monografía *Rethinking Criminal Law*).

Sin embargo, a pesar de que los puntos de partida dogmáticos del *civil law* y del *common law* son muy diferentes, al final las soluciones



que se dan a los casos concretos son muy parecidas. La única verdadera particularidad es que, en los sistemas penales del *common law*, las categorías dogmáticas de la teoría del delito son elaboradas en función del proceso, en particular tomando en consideración el sujeto que tiene que sustentar la carga de la prueba. Piénsese, por ejemplo, en la categoría dogmática anglosajona de las “*defences*”, en la cual se encuentran todas las situaciones que, aun siendo de diferente naturaleza jurídica, tienen como efecto común la no, o la menor, punibilidad del reo (desde las causales de justificación hasta el error sobre el hecho y la causales de no imputabilidad), donde la carga de la prueba corresponde al imputado. Sin considerar, en general, la formulación “analítica” de los “*statutes*” frente a la “sintética” de las leyes del *civil law*.

**C.D.P.:** ¿Cómo se vinculó usted al mundo académico colombiano y qué vínculos tiene actualmente con el país?

**Prof. Mario Trapani:**

Después de que me casé, a través de mi esposa Blanca Julieta García Mora, ciudadana colombiana, quien en aquel período era Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, empecé a conocer y a frecuentar a los más destacados penalistas colombianos, –en orden de edad– los profesores Juan Fernández Carrasquilla, Nodier Agudelo Betancur y Fernando Velásquez Velásquez, todos muy buenos amigos y, en mi opinión, muy valiosos dogmáticos. Mis vínculos con este maravilloso país, Colombia, son así, con toda evidencia, muy estrechos. Adicionalmente, yo espero en menos de un año tener la ciudadanía colombiana.

**C.D.P.:** Teniendo en cuenta su gran cercanía con el país, podría contarnos qué opina acerca del Derecho Penal colombiano y de la dogmática que se maneja aquí.

**Prof. Mario Trapani:**

Por “Derecho Penal colombiano”, creo que Usted entiende, fundamentalmente, el Código Penal colombiano. Yo creo que, empezando por sus principios rectores, es desde el punto de vista técnico y político-criminal un buen código. Mi única observación es que ningún legislador, y en consecuencia ningún código, debería intentar hacer por sí mismo dogmática, siendo tarea exclusiva del legislador dictar la disciplina de los fenómenos jurídicos, no hacer “doctrina”. Por ejemplo, la división que hace el Código Penal colombiano vigente entre ti-

picidad, antijuridicidad y culpabilidad, parece aparentemente tomar partido por las categorías dogmáticas de la tripartición alemana, pero en mi opinión, leyéndolo bien, no es así. En efecto, es claro que todas las dificultades emergen por el irracional “temor” del codificador colombiano de hacer referencia a su propia tradición, como si fuese un acto de soberbia, pues, aunque si se considerara útil imitar “modelos” de tradición extranjera, no sería de todas maneras necesario tomar el modelo de referencia por entero, dado que el legislador bien podría acoger solo algunas disposiciones y no otras.

En esta perspectiva, veo muy atinada la disposición del Código Penal colombiano que disciplina la tentativa, la cual es totalmente distinta a la alemana, y, por el contrario, muy parecida a la italiana, al no admitir la tentativa inidónea, es decir cuando no hay ni siquiera un peligro concreto de lesión del bien protegido, lo cual confirma mi idea de que no puede tenerse una única dogmática en el mundo y, peor aún, que esta dogmática “universal” sea únicamente la alemana.

**C.D.P.:** Díganos el título de cinco obras de Derecho Penal que un penalista no podría dejar de leer.

**Prof. Mario Trapani:**

Cinco son muy pocas, pero intentaré. En primer lugar, dos clásicos alemanes que todos los penalistas tienen que leer son: *La doctrina del delito (Die Lehre von Verbrechen)* de Ernst Beling (hasta hoy no traducido al castellano); y, el *Derecho Penal alemán* de Hans Welzel. En segundo lugar, un clásico italiano: la Parte general del *Programa de Derecho criminal* de Francesco Carrara. En tercer lugar, entre los autores modernos, un libro que no es de un penalista, sino de un teórico general del derecho: *Derecho y razón* de Luigi Ferrajoli.

A esos, en cuarto lugar, debería añadirse un texto que, en mi opinión, representa una etapa fundamental en el desarrollo de la teoría del delito y también de la teoría general del derecho. Es menester señalar que esta obra se publicó en Italia en 1951 y, desafortunadamente, no fue entendida su verdadera importancia, tampoco en su país de origen. El título de este gran trabajo es: *El concepto unitario de culpabilidad* de Marcello Gallo.

**C.D.P.:** Teniendo en cuenta su gran manejo del idioma español, quisiéramos saber ¿cuándo podremos tener a disposición de los hispanohablantes sus obras?

**Prof. Mario Trapani:**

La editorial B de F ya tradujo mi libro sobre *La divergencia entre lo querido y lo realizado*, pero por mi culpa han pasado cinco años y no he podido, hasta el día de hoy, revisar la traducción, pero espero poder hacerlo este año.

El próximo año será publicado por la Colección Monografías de la Pontificia Universidad Javeriana un trabajo de teoría general de las normas sobre la *Validez temporal de la norma jurídica* y la derogación de las leyes.

Además, estoy trabajando sobre mi *Sistema de Derecho Criminal*, un largo y complejo tratado que estoy desarrollando en una perspectiva “global”: sustancial, procesal y penitenciaria; espero poder anticipar algo de esta obra, al publicar en Colombia una Teoría del delito, que muchos amigos y también estudiantes del posgrado me están pidiendo en consideración a mis ideas, seguramente diferentes de las hoy en día dominantes.

**C.D.P.:** Por último, nos podría contar ¿qué enfoque tiene esta interesante clase que dicta usted en la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda?

**Prof. Mario Trapani:**

La clase de “Evolución de la ciencia del Derecho Penal” tiene como fin el estudio del desarrollo de la dogmática jurídico-penal en los últimos dos siglos y, en consecuencia, explicar metodológicamente qué significa hacer dogmática, es decir, en lo esencial –como ya he dicho muchas veces–, traer los conceptos de las leyes positivas, y, por tanto, no incurrir en el peor error en el cual pueda caer un jurista, que es el conceptualismo, lo que significa, por el contrario, como lo hacen los cultores de una dogmática universal, creer que existen conceptos jurídicos que, teniendo su existencia fuera del tiempo o de los ordenamientos positivos, puedan ser utilizados como “fuentes” de las normas jurídicas o sea de las reglas de comportamiento. Es así que intento transmitir a los estudiantes la idea de que no hay una única dogmática y que en cada país los estudiosos tienen que trabajar, utilizando su derecho positivo, para construir su propia dogmática y, en consecuencia, para tratar de edificar sus propios sistemas.

Otra finalidad, es generar de nuevo el interés de los hispanohablantes respecto de la cultura jurídico penal italiana tradicional, la cul-

tura que desde Carrara hasta hoy ha sido y es una cultura original, que tuvo en las vertientes de las Escuelas clásica y positiva mucha influencia sobre América Latina en las décadas pasadas. Y es una lástima que hoy en día esta tradición jurídica ya no tenga el influjo de antes, y digo eso no porque yo sea italiano, sino porque no estudiar la tradición penal italiana es una gran pérdida para el pensamiento penal y para un posible desarrollo de una nueva dogmática.

Es por eso que debo decir que para mí fue muy grato ver en Colombia traducido el Programa y los Opúsculos de Carrara, un autor “clásico” que en Italia prácticamente no se estudia más, pero aquí en Colombia ocurre todo lo contrario, ya que se estudia como si fuese un autor de hoy, tanto que hasta los jueces aplican sus teorías, lo que –en mi opinión– es mucho más importante que el olvido al cual la mayoría de la Academia italiana lo ha condenado.

**C.D.P.:** Profesor, queremos agradecerle por su amable atención y por el gran aporte que constituye para los estudiantes de Derecho Penal el conocer más acerca de un académico tan importante como lo es Usted.



## INSTRUCTIVO AUTORES – CUADERNOS DE DERECHO PENAL\*.

1) La Revista *Cuadernos de Derecho Penal*, órgano de divulgación científica de la Universidad Sergio Arboleda, a través de su Departamento de Derecho Penal, tiene una periodicidad de dos números anuales y publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos en el área de Derecho Penal.

Tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado al interior de la institución, en la academia y en otras instancias científicas en los ámbitos nacional e internacional.

2) Para efectos de hacer prevalecer la calidad de la Revista, solamente se reciben las siguientes clases de documentos:

- a) Artículo resultado avance parcial o final de proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor sobre un tema específico.
- c) Estados del arte o artículos de revisión, definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo del conocimiento.
- d) Reseña bibliográfica.
- e) Traducciones.

3) Instrucciones para los autores. Nuestros colaboradores deben tener en cuenta las siguientes observaciones al someter a consideración de la Revista sus trabajos:

- a) Todo artículo postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.

---

\* Las siguientes pautas se aplicarán a partir del número 10.

4) Proceso de arbitraje: La Revista realiza un proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados para publicación con base en las siguientes indicaciones:

a) Todo trabajo original es sometido al proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), preferentemente bajo la modalidad doble ciego.

b) El proceso de dictamen exige anonimato, al menos, por parte de los examinadores o evaluadores.

c) El proceso de dictamen o evaluación de los artículos supone un examen preliminar por el los Comités Editorial y Científico con el fin de calificar el documento previamente en cuanto a la forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación; posterior a esto, se envía el artículo a dos pares ciegos, y, una vez aprobado, se remite a los autores para hacer las correcciones o recomendaciones de ser este el caso.

El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de edición y, en caso de presentarse controversia entre los conceptos de ambos pares evaluadores, se remite a un tercer par evaluador; una vez éste conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final de aceptación o rechazo del mismo.

La aceptación definitiva depende de las modificaciones que los asesores de los Comités Editorial y Científico propongan al autor y el concepto de los pares evaluadores externos.

El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar o en la evaluación por pares ciegos se comunicará a los autores la decisión con una breve explicación.

d) Se entrega a cada par evaluador el formato de dictamen utilizado por la Revista *Cuadernos de Derecho Penal*, con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo.

5) La recepción del artículo se efectúa de forma digital, por medio del correo electrónico: [cuadernosdederechopenal@gmail.com](mailto:cuadernosdederechopenal@gmail.com).

6) Una vez recibido, se informa de ello al interesado y se le indica el estado del mismo en un plazo máximo de doce meses. El retiro de un artículo se debe solicitar por escrito enviado a través de correo electrónico por el autor, dirigido tanto al Director como al Editor de la revista, y se efectúa luego de la respuesta escrita del Editor por el mismo medio.

7) Aspectos formales y estructura del artículo: Los trabajos deben presentarse en letra palatino 10 y ceñirse a las normas ICONTEC, en especial la norma NTC 1486 y concordantes.

El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Si fuere producto de un proyecto de investigación, se debe indicar el nombre del proyecto del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract).

Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las diez palabras clave, que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.

- e) Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias bibliográficas.

#### 8) Referencias:

- a) Al final del artículo se incluirá un listado ordenado alfabéticamente, con base en las normas ICONTEC, en especial la NTC 1486.
- b) En el listado final, se debe tener cuidado de observar las formalidades del sistema IICONTEC, en especial la norma NTC 1486 y las que la desarrollan o complementan.

9) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.

10) Una vez publicado el trabajo, los derechos de impresión y reproducción por cualquier medio son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.



# Cuadernos de Derecho Penal

## SECCIÓN DE DOCTRINA

- Irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables.  
*Emiliano Borja Jiménez.*
- La regulación del aborto en España tras la ley orgánica 2 de 2010.  
*Joan J. Queralt.*
- Crímenes de lesa humanidad y Corte Penal Internacional.  
*Kai Ambos.*

## JURISPRUDENCIA

- La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial.  
*Fernando Velásquez Velásquez y Christian Wolffhügel Gutiérrez*

## BIBLIOGRAFÍA

- Hassemer, Winfried/Muñoz Conde, Francisco, Introducción a la Criminología y a la Política criminal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.012. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.*
- Israel, Jerold H./Kamisar, Yale/Lafave, Wayne R./King, Nancy J., Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio, Gómez Colomer, Juan-Luis, et al. (Trad.) Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012. *Manuel Jesús Dolz Lago y Juan Pablo Sierra Piñeros.*
- Vélez Osorio, Luis Gonzaga, Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín, Universidad de Antioquia–Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012. *John E. Zuluaga Taborda.*

## ENTREVISTA

- Profesor Mario Trapani. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.*



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA  
Carrera 15 No. 74-40 Tels. 325 75 00 Ext. 2131 - 322 05 38 Bogotá D.C.  
Calle 18 No. 14A-18 Tels: (5) 420 38 38 - 420 26 51 Santa Marta  
[www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co)