

ExLibris

Sección coordinada por **Pablo Sánchez-Ostiz**

Recensiones:

Recensión a Kai AMBOS (dir.), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, 4.^a ed., C.H. Beck-Hart-Nomos, München, Oxford, Baden-Baden, 2022, LXI + 3064 páginas, por Javier S. ESKAURIATZA

Recensión a Ángela CASALS FERNÁNDEZ, *La prisión permanente revisable*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, 282 páginas, por Joaquín Ignacio MOGABURU

Recensión a Roberto CRUZ PALMERA, *Delitos instrumentales. Aspectos de política legislativa*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2020, 327 páginas, por Rolando MÁRQUEZ CISNEROS

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Ángel SANZ MORÁN a *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona..., 2021 (*InDret* 1/2022), por Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ

-

Kai Ambos (dir.), Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary, 4.^a ed., C.H. Beck-Hart-Nomos, München, Oxford, Baden-Baden, 2022, LXI, 3064 páginas

Javier S. Eskauriatza
Birmingham Law School, University of Birmingham
j.s.eskauriatza@bham.ac.uk

-

Cualquiera que tenga motivos para trabajar o estudiar en el campo del Derecho penal internacional (DPI) o el Derecho internacional humanitario (DIH) necesita acceder a un comentario del Estatuto de Roma. Y no porque sean sinónimos el DPI y el sistema del Estatuto de Roma. Es bien sabido que la relación entre el DPI consuetudinario y el Derecho del Estatuto de Roma es controvertida. Desde el punto de vista de la ortodoxia, estas dos fuentes del Derecho internacional existen y se desarrollan en paralelo (*Nicaragua v. USA*, Corte Internacional de Justicia, 1986). Aun así, el sistema del Estatuto de Roma puede tener una gran influencia sobre el desarrollo del Derecho internacional consuetudinario. Sin duda, muchos de los más importantes avances y desarrollos, como también las preguntas más pertinentes y urgentes del DPI (sustantivo, probatorio, institucional), surgirán en el ámbito del sistema del Estatuto de Roma. Por ejemplo, el reciente debate acerca del «ecocidio» y su posible reconocimiento como el quinto «*core crime*» del DPI ha tenido lugar en el contexto de una modificación del Estatuto de Roma (*Stop Ecocide Foundation*: <https://ecocidelaw.com/independent-expert-drafting-panel/>). Por otra parte, la pendiente jurisdicción criminal especial para los países de la Unión Africana conforme al Protocolo de Malabo (2014) se desarrolló como una alternativa al sistema del Estatuto de Roma. En este sentido, para entender la naturaleza, el rumbo y el funcionamiento del DPI, es imperativo tener un buen conocimiento del Estatuto de Roma y la operatividad de la Corte Penal Internacional (CPI). La cuestión, entonces, es por qué *este* comentario entre otros que ya existen.

No es posible hacer un resumen de la obra completa en los límites de esta Sección. Para empezar, el Estatuto de Roma contiene 128 artículos y el comentario complementa la discusión de cada artículo con una lista de jurisprudencia, una lista de autores, cinco introducciones, una relación de casos y otra de bibliografía general, así como las abreviaturas. En consecuencia, estamos ante una obra de gran envergadura que incluye 3.064 páginas. Un tercio de las cuales se dedica a la exposición y discusión de la segunda parte del Estatuto (arts. 5-21), referidos a la jurisdicción, admisibilidad y la determinación de la ley aplicable. Pero sí se aspira en esta recensión a describir su origen y naturaleza –cabe calificarla como un estudio clave en el ámbito del DPI– y hacer un enfoque crítico de ciertos capítulos referidos a la interpretación de algunos artículos del Estatuto. Es de esperar que el lector, en la medida de su interés, pueda utilizar lo contenido en esta breve recensión como punto de partida para investigar el comentario y el sistema del DPI en toda su complejidad.

El comentario de AMBOS (como seguramente será conocida la obra de ahora en adelante) es la 4.^a edición de la que dirigió Otto VON TRIFFTERER, estimado profesor de Derecho cuyos trabajos conocerán muchos de los que lean estas palabras. Se trata de un comentario al estilo alemán («artículo por artículo», como reza su título). La 1.^a edición (subtitulada «Observers' notes, article

by article») se publicó en 1999, justo después de que se consiguiera, en la Conferencia de Roma, un acuerdo para establecer la primera Corte Penal Internacional permanente en la Historia. Esta 4.ª edición viene dedicada a la memoria de TRIFFTERER.

El hecho de que este comentario haya llegado a una 4.ª edición obviamente habla de su gran popularidad y su especial autoridad. En opinión de Thomas WEIGEND, la lista de autores se puede entender como un «quien es quien» del mundo de DPI (Thomas WEIGEND, *Criminal Law Forum*, <https://doi.org/10.1007/s10609-022-09433-9>). Esto se podría considerar algo atrevido –siempre es posible identificar a quienes no han participado– pero sin duda alguna las y los que han contribuido son muy reconocidos en el mundo del DPI. El análisis que nos ofrecen en relación con cada artículo del Estatuto varía en cuanto a la longitud y estilo, pero siempre es lúcido y se nutre de la literatura académica de varios países (aunque predomina la voz europea y, sobre todo, la alemana). La diversidad en la perspectiva geográfica es importante puesto que la comunidad del DPI pretende autodefinirse como verdaderamente «internacional». Por otro lado, de la lista de 79 autores que intervienen en esta 4.ª edición, solo 26 son mujeres. Las cinco introducciones a esta edición son escritas por hombres (HOFMAŃSKI, KWON, SCHMITT, KHAN y HAYNES). Una tarea pendiente para la 5.ª edición –que, con seguridad, algún día llegará– es la de la igualdad de género: No solo es necesario desde un punto de vista ético, sino también desde la perspectiva de la calidad del análisis normativo, puesto que dicha perspectiva es una herramienta conceptual indispensable para la evaluación crítica de todos los sistemas de Derecho.

En cuanto a los comentarios mismos, ya se mencionó que varían en cuanto a su estilo y longitud. Algunos de los contribuyentes no solo relatan la interpretación de los artículos del Estatuto por parte de la Corte, sino que también exponen su punto de vista en cuanto a la interpretación correcta, y critican las interpretaciones de aquella. Otros comentarios, en cambio, se limitan a relatar la historia legislativa y el significado que han tomado los preceptos a través de la jurisprudencia de la Corte, sin profundizar demasiado en evaluaciones. Sin embargo, tiene razón AMBOS al afirmar que la función del comentario no es la de ser como un «portavoz» de la CPI. Con todo, no estaría de más hacer notar que los contribuyentes por lo general apoyan la misión de la Corte.

En cuanto al objetivo del comentario, no ha cambiado. Sigue siendo el de explicar el contenido de los diversos artículos en un contexto amplio, con inclusión de la historia de su redacción, su interpretación a través de la jurisprudencia de la CPI, su impacto en el DPI, así como su relación con otros reglamentos de la CPI, como las Reglas de Procedimiento y Pruebas, y los Reglamentos de la Corte y del Fiscal, etc. («*Editor's Preface*», vii). Adicionalmente, esta 4.ª edición aspira también a un objetivo especial: «primero, actualizar la jurisprudencia, especialmente de la CPI; segundo, tomar en cuenta las más importantes contribuciones académicas y desarrollos legislativos; tercero, proporcionar claridad y estructura, como también consistencia, en la presentación». No cabe duda de que AMBOS y el equipo de colaboradores han logrado su objetivo.

En lo que sigue me centro en tres capítulos de mayor interés en el contexto de los cambios y las actualizaciones que se han identificado a través de la jurisprudencia de la CPI en los últimos seis años. El campo del DPI es bastante dinámico y por lo tanto la 3.ª edición ya necesitaba una reevaluación y actualización, ante todo frente a los nuevos derroteros de la jurisprudencia de la CPI.

En primer lugar, me interesó mucho el comentario crítico sobre el art. 28 (Responsabilidad de mando/responsabilidad de superiores). Es importante verlo porque la absolución de BEMBA

GOMBO por la CPI en 2018 fue uno de los acontecimientos más importantes de los últimos años (recibe comentario por primera vez en esta edición). La responsabilidad de superiores es una creación propia del DPI y su interpretación fue clave en ese caso. Los orígenes modernos de este modo de responsabilidad se encuentran en el caso del General Tomoyuki YAMASHITA, que fue ejecutado por los EE.UU. en 1946, después de ser condenado por una Comisión militar por falta de control de las actividades de sus subordinados durante la guerra en el Pacífico, que incluyeron atrocidades durante la defensa de las Filipinas.

Roberta ARNOLD y Miles JACKSON son los autores de la sección pertinente en el comentario (pp. 1280-1322) y han revisado por completo el comentario de la 3.^a edición, ofreciéndonos una evaluación moderna del concepto y la naturaleza de la responsabilidad del superior. La primera parte explica cómo la responsabilidad del superior ha sido una historia «de expansión» por la manera en que este modo de responsabilidad se ha utilizado en contextos cada vez más lejanos de los orígenes en YAMASHITA (guerra interestatal y en el contexto de las fuerzas armadas de un Estado). En cierto modo, esta expansión se puede entender como efecto de la influencia del «espíritu de interpretación» de los derechos humanos en las leyes que rigen durante la guerra (Theodor MERON, «The Humanization of Humanitarian Law», 2000; Darryl ROBINSON, *Justice in Extreme Cases: Criminal Law Theory Meets International Criminal Law*, 2020). Pero esto también significa que el desarrollo judicial y legislativo de este modo de responsabilidad hacia diferentes contextos (guerras internas, situaciones de paz, fuerzas armadas no-estatales) ha ido acompañada de comentarios críticos desde la perspectiva de los principios de legalidad, culpabilidad, y consideraciones de justicia (p. 1284). Con interpretaciones cada vez más expansivas, existe el riesgo de que un superior sea un guerrillero en una situación fluida y desorganizada, y que pueda buscarse su condena penal por actividades de sus «subordinados», aunque él mismo no haya estado presente, o no haya participado ni haya tenido la intención de participar, en relación con los actos prohibidos (véase el debate académico con respeto al Fiscal v HADŽIHASANOVIĆ, Tribunal Internacional Penal de Yugoslavia, 2003). Si la expansión en el ámbito de los modos de responsabilidad se une a las interpretaciones más expansivas en cuanto a la definición de los crímenes, entonces es posible que los derechos de los individuos corran riesgo de violación. El texto del art. 28 es el resultado de un compromiso entre diferentes puntos de vista en la Conferencia de Roma y, por lo tanto, resulta algo difícil de interpretar. En este sentido, el comentario de ARNOLD y JACKSON es un trabajo verdaderamente majestuoso.

Explican muy bien la discusión de este modo de responsabilidad en la jurisprudencia reciente de la CPI (en el caso de Jean-Pierre BEMBA GOMBO). La división 3-2 en la Sala de Apelaciones dejó claro que existe todavía mucha incertidumbre en cuanto a la naturaleza legal de este modo de responsabilidad, por «fallar en el ejercicio del mando responsable» (p. 1285). En efecto, una de las cuestiones más relevantes es la de la naturaleza y carácter de la responsabilidad del superior. Hablando en general, y sin la precisión que merecería, hay tres formas de entender su naturaleza: i) como un modo de responsabilidad que vincula al comandante o superior a los crímenes cometidos por los subordinados; ii) como una infracción de carácter omisivo adicional a los crímenes subyacentes; y iii) como una forma de responsabilidad *sui generis* que combina ambas perspectivas. El caso BEMBA GOMBO deja muy claro que la CPI reconoce que la responsabilidad del superior es un modo de responsabilidad del primer tipo (el jefe o superior es responsable por los crímenes de los subordinados), pero ARNOLD y JACKSON se muestran críticos con esta posición (p. 1289). Entre otras cosas, la decisión en BEMBA GOMBO dejó muchas cosas sin aclarar: por ejemplo, la necesidad de que las fallas del superior deben *causar* los crímenes de los subordinados, y las dificultades que surgen al pensar que esto sea *por omisión* y, en algunos casos, posterior a aquellos crímenes (en casos de falta de castigo de las atrocidades, cfr. art. 28(a)(ii)). No hay

espacio aquí para entrar en detalles, pero cabe mencionar que, para los autores, la responsabilidad del superior se entiende mejor como una ofensa de carácter omisivo, distinta de la de los crímenes subyacentes (segundo tipo, por tanto). El hecho de que, en BEMBA GOMBO, la Corte no haya determinado la naturaleza de la responsabilidad de superiores tendrá repercusiones en futuros casos: para los autores «está claro que la CPI está atrapada en un dilema generado por tensiones fundamentales en la doctrina de la responsabilidad de superiores».

En segundo lugar, sobre los arts. 8 bis, 8 ter, 15 bis y 15 ter (el crimen de agresión). De acuerdo con la resolución de la Asamblea de Estados Parte del 14 de diciembre de 2017, la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de la agresión ha sido activada a partir del 17 de julio de 2018. Aunque la 3.^a edición ya había incluido mucho de este material al respecto, el comentario, escrito por Andreas ZIMMERMAN y Elisa FREIBURG-BRAUN, incluye secciones sobre estos artículos que proporcionan el nuevo esquema jurisdiccional.

Con todo, la invasión de Ucrania por Rusia presenta una oportunidad para mencionar en especial las funciones del DPI y la CPI. Varios Estados han expresado su certeza de que la activación del crimen de agresión se justifica en cuanto a la función de disuadir el uso ilegal de la fuerza. Sin embargo, el estrecho esquema jurisdiccional acordado en Kampala que acompaña el crimen de agresión, junto con ciertas limitaciones en su definición, señalan que es casi imposible imaginar que un caso de agresión llegue a ser juzgado (Kevin JON HELLER, «Who's Afraid of the Crime of Aggression?», 19 *Journal of International Criminal Justice* (2021) 999-1016). El artículo 15 bis (5) proporciona un esquema de jurisdicción diferente –y más estrecho– que el aplicado en relación con otros crímenes del Estatuto (de acuerdo con el art. 12). Como hemos visto en estos últimos meses, esto significa que los Estados que no son parte del Estatuto de Roma (EE.UU., Rusia, China, India) no tienen nada que temer –la CPI no podrá ejercer la jurisdicción sobre terceros Estados, aunque el acto de agresión involucre a los nacionales o el territorio de un Estado parte, o como Ucrania, o aunque un Estado soberano acepte la jurisdicción de la CPI a través del artículo 12(3).

Como indica HELLER, «Los crímenes *jus ad bellum* y *jus in bello*, obviamente, no se cometen de forma aislada entre sí. Como bien indicó el Tribunal Internacional Militar de Núremberg hace 75 años, la agresión es el «crimen internacional superior» precisamente porque «conlleva la acumulación de todo mal». El crimen de agresión de la CPI hace burla de esa visión, al crear una situación en la que la Corte puede procesar por un crimen de guerra, un crimen de lesa humanidad o un genocidio que resultan de un acto de agresión, pero es prevenida de procesar el acto de agresión en sí misma...» (HELLER, 1001). Lamentablemente, el comentario de ZIMMERMAN y FREIBURG-BRAUN no entra en este debate sobre la eficiencia del Estatuto en disuadir la agresión y las consecuencias del compromiso de Kampala (un compromiso que fue necesario dado la oposición de EE.UU., entre otros). Las carencias en el desarrollo de la jurisdicción del crimen de agresión despiertan muchas preguntas que van hasta el corazón de la función del DPI. Aunque el comentario describe el esquema jurisdiccional de manera correcta, para entender bien las dimensiones legales de lo acaecido en Ucrania es necesario apoyarse de la bibliografía crítica publicada en las revistas legales y en Redes.

Finalmente, otro de los proyectos importantes del DPI contemporáneo es la negociación y adopción de un tratado sobre crímenes de lesa humanidad. La sección pertinente en el comentario es una colaboración entre varios expertos en el tema, entre los que se hallan Kai AMBOS, Rafael BRAGA DA SILVA, Niamh HAYES, Joseph POWDERLY, Carsten STAHN, Jacopo GOVERNA, y Larissa VAN DEN HERIK. La perspectiva del comentario acerca de la historia legislativa de los

crímenes de lesa humanidad despierta ciertas dudas: por ejemplo, en cuanto a su estatus como parte del Derecho internacional consuetudinario *antes* del Tribunal Penal Militar de Núremberg, p. 144). Desde luego, pueden encontrarse textos anteriores que hacen uso de la expresión «crímenes en contra de la humanidad», pero es bastante dudoso que Núremberg no haya violado el principio de la legalidad (*nullum crimen sine lege*) en cuanto a crímenes de lesa humanidad y el crimen de la agresión. Sin embargo, la posición que adoptan los autores en cuanto a la naturaleza de este crimen es hoy en día de aplaudir. De acuerdo con los autores, los crímenes de lesa humanidad deben de considerarse igualmente aplicables a grupos armados no estatales (como, por ejemplo, los cárteles de la droga). En ese sentido, reconocen que el famoso art. 7(2)(a), que requiere que el «ataque» sea conforme a un plan estatal o de alguna organización, puede que no refleje la posición legal con respeto al Derecho internacional consuetudinario (p. 254). Su comentario propone que el requisito planteado en el art. 7(2)(a) se puede inferir, en parte, de los elementos básicos que representan la naturaleza de crímenes de lesa humanidad. En concreto, resulta difícil concebir un «ataque» dirigido en contra de una población civil, «generalizado» o «sistemático», sin que también sea conforme a algún plan (p. 257). Lamentablemente, cuando el comentario considera la interpretación del término «ataque», no se extiende mucho con una perspectiva más crítica. Por ejemplo, podría haberse hecho referencia a la bibliografía sobre la tragedia humana que surge de la crisis migratoria en Europa (p. 155). Hubiera sido interesante considerar si los crímenes de lesa humanidad tienen siempre que identificarse como actos de *radical evil*, o si también pueden producirse a través de actos más banales que sean consecuencia de la estructura política y socioeconómica de nuestro mundo (Ioannis KALPOUZOS y Itamar MANN, «Banal Crimes against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece», *Melbourne Journal of International Law* (2015) 1). Las políticas de migración han causado miles de muertes y no está muy claro porque no deben calificarse como «un curso de conducta» que implica la comisión de varios actos prohibidos por el art. 7(1). Habría sido una oportunidad para pensar en el DPI como un estándar universal que se aplica igualmente en todos los territorios de los Estados parte del Estatuto de Roma.

En conclusión, aunque existen varios comentarios al Estatuto de Roma, esta edición representa una importante actualización. Es un trabajo muy relevante y útil para cualquier persona interesada en este campo tan abigarrado y complicado. El comentario es solo eso: un comentario sobre el Estatuto de Roma, solo una parte del amplio campo del DPI. Sin embargo, debo terminar compartiendo el sentimiento del presidente Piotr HOFMAŃSKI: «es uno de aquellos libros que, a pesar de su gran envergadura, no requerirá un lugar en mi biblioteca porque siempre estará abierto sobre mi escritorio» (HOFMAŃSKI, p. XIII).

Ángela Casals Fernández, La prisión permanente revisable, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, 282 páginas

Joaquín Ignacio Mogaburu
 Universidad Católica Argentina
 jmogaburu@gmail.com

-

I. La discusión acerca de la finalidad de las penas subyace necesariamente en todo debate jurídico en materia criminal, pues según la preeminencia que se le asigne a cada uno de esos fines podrá identificarse el punto de partida de una tesis y muchas veces, incluso, presagiar sus conclusiones. Esta contienda aparentemente especulativa ha aflorado a partir de la sanción de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre* (en adelante LO 1/2015), y en especial por la incorporación de la prisión permanente revisable (en adelante, PPR) «para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido» (cfr. preámbulo).

La PPR consiste en una sanción excepcional impuesta hasta ahora en menos de treinta casos y, según el preámbulo de la LO 1/2015, no constituiría una suerte de «pena definitiva» sino una «institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión», y amparada por el TEDH en cuanto permite su revisión con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado.

II. A esta figura que generó cuantiosas controversias dedicó Ángela CASALS FERNÁNDEZ su tesis doctoral defendida en la Universidad CEU San Pablo (2018), y que en formato bibliográfico, inauguró la colección del BOE «Derecho Penal y Procesal Penal» (que cuenta con doce títulos, con semejante interés y actualidad).

Su punto de partida es una mirada escéptica sobre la pena de prisión, la cual «se ha revelado más ineficaz de lo esperado» (p. 25), aunque imprescindible para ciertos tipos delictivos de suma gravedad. Es decir, concibe la prisión «como un mal necesario e inevitable de la sociedad actual», que debe someterse a unos límites estrictos para no devenir inconstitucional. En ese orden argumentativo sobreestima los fines resocializadores de las penas (en desmedro de los retributivos y preventivos generales) y sella su planteo aduciendo que las penas de muy larga duración no consiguen reeducar o resocializar, sino más bien al contrario.

De allí que su aporte sustancial consiste en desplegar los argumentos que abonan la incompatibilidad de esta pena con los principios fundantes del orden constitucional español, para lo cual se sumerge en el análisis de casi todas las aristas posibles: desde sus orígenes históricos hasta su comparación con institutos afines en Europa, su naturaleza jurídica, su particular tratamiento penitenciario y los alcances de la revisión. Con todo, un examen de los hechos que para entonces habían sido pasibles de esta sanción (cuatro condenas hasta 2018 y nueve durante 2019) habría terminado de brindar un panorama completo del tema en estudio.

La obra se estructura a partir de cinco capítulos: 1) *Aproximación histórica y legislativa*; 2) *Derecho comparado*; 3) *Regulación de la prisión permanente revisable en España*; 4) *Aspectos penitenciarios de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable*; 5) *El proceso de revisión de la prisión permanente revisable*.

III. El primer capítulo constituye un prolijo acercamiento a la historia de las penas en el derecho español desde Las Partidas de Alfonso X hasta nuestros días, donde se apuntan los diferentes jalones de la humanización de los castigos. En este *racconto* se subrayan el abandono de los galeotes –cuya ingratitud fue inmortalizada por Don Quijote–, y la extinción del trabajo forzado en las minas de Almadén. Se señalan, luego, los vaivenes legislativos que siguieron a la codificación (1822) para demostrar que por más crueles que fueran las penas reguladas, contemplaban alternativas a la perpetuidad. Se enfatiza el Código de 1870 como el último que reguló la pena perpetua, eliminada por el Código de 1928, y culmina el repaso histórico con el Código Penal vigente (1995), mientras observa con preocupación CASALS FERNÁNDEZ, que las hasta entonces treinta y dos modificaciones evidencian una tendencia reformadora «encaminada hacia un continuo endurecimiento de las penas privativas de libertad y hacia un debilitamiento de las garantías jurídicas» (p. 55), proponiendo volver a dar sentido al Derecho Penal para resolver «el desenfreno punitivo en el que nos hemos adentrado» (p. 53). Con cita de Benjamin Franklin concluye: «quien pone la seguridad por encima de la libertad se arriesga a perder ambas».

En el segundo capítulo, se rastrean las soluciones brindadas por otros países europeos a delitos especialmente graves, centrándose en Alemania, Italia, Francia y Reino Unido, pero sin dejar de abordar otros como Grecia y Chipre, Bélgica y Holanda, los países escandinavos, Portugal y El Vaticano. Se mencionan los compromisos internacionales asumidos por España al ratificar el Estatuto de la CPI (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre; en especial, la declaración interpretativa realizada) y el CEDH. Finalmente, en este marco de Derecho comparado acentúa cómo España posee el período más extenso para lograr una primera revisión de la condena (25 o incluso 35 años) cuando la media europea alcanza 19,4 años; y por ello fustiga el «cinismo» del preámbulo de la ley al mencionar «a los países de nuestro entorno» como fundamento para su consagración, cuando las diferencias, a su criterio, son notorias (pp. 224-225).

Ya en el tercer capítulo se explaya sobre la regulación de la PPR, donde se identifican sus antecedentes, la falta de claridad legislativa en orden a su naturaleza jurídica y los principios constitucionales que afectaría. Se sostiene que la mutación incorporada en el anteproyecto de 2012 conforma una figura penal «especialmente gravosa que ha sido introducida por razones populistas, electorales o de simbolismo penal» (p. 126) y «una medida innecesaria, involutiva y netamente electoralista que resta humanismo y progreso al sistema penal español» (p. 132). En cuanto a la afectación de principios constitucionales, verdadero núcleo de la tesis, expone la notoria violación del carácter preventivo especial de las penas surgido del artículo 25.2 de la CE (y art. 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria), al consagrar como orientación principal la reeducación y reinserción social del penado. Por eso plantea que la PPR, y en general, toda pena que se extienda por encima de los 15 años de duración, «interpone graves inconvenientes para la efectiva reincorporación del penado a la sociedad» (p. 140). Al identificar esta vulneración como el punto más débil de la regulación de la PPR, se entiende el hecho de que la autora la mencione, transversalmente, en cada uno de los capítulos.

Se propicia también que la PPR plantea tensiones con principios de orden constitucional: 1) *Principio de legalidad*, en su vertiente de seguridad jurídica, al preverse una pena de duración

indeterminada y sometida a decisiones meramente administrativas basadas en «criterios completamente subjetivos y futuribles, imposibles de determinar con certeza» (p. 143); 2) *Principio de humanidad*, no solo de las penas, sino de todo el ordenamiento penal, como corolario del artículo 15 CE, pues según afirma el problema no radica en la posibilidad de revisión de una condena, sino en la incorporación al catálogo de penas de «una sanción que posibilita la encarcelación de por vida del ser humano» (pp. 144/5); 3) *Principio de igualdad*, por afectar de diferente manera a jóvenes que a adultos, pero también por configurar una desigualdad de trato en casos similares (vgr. delitos que no incluyen homicidio; no se explican sobre qué delitos contra la libertad sexual; y se incluyen homicidios cometidos en el seno de una organización terrorista, pero no de una organización criminal) (p. 150); 4) *Principio de proporcionalidad*, en una doble faz, la del legislador, al no contemplar alternativas menos lesivas, y la del juez, que se encuentra ante una pena única sin escalas y, por tanto, imposibilitado de valorar las circunstancias específicas de cada supuesto de hecho. Como conclusión de este apartado, se realizan dos propuestas de *lege ferenda*: la derogación sin cortapisas, o en su defecto «una regulación de la misma que establezca de forma clara un proceso de revisión que la haga compatible con las pretensiones de nuestra Carta Magna» (p. 171).

En los dos últimos capítulos (*Aspectos penitenciarios* y *El proceso de revisión*) se describen las consecuencias en el tratamiento carcelario de las personas condenadas a PPR, concluyendo que en la práctica se desvanece cualquier esperanza de libertad, por su rigor. Asimismo, se reputa impertinente que sea el tribunal sentenciador el encargado de resolver sobre el acceso al tercer grado (*semilibertad*) por apartarse de la regla general de concesión por parte del Centro Directivo. La autora propone que recaiga dicha atribución en el Juez de Vigilancia Penitenciaria, garante de los derechos de los reclusos.

Concluye: a) que la PPR configura una pena indeterminada con un primer plazo de revisión tardío a los veinticinco años; b) que los países europeos estudiados cuentan con plazos más cortos para lograr una primera revisión de la condena; c) si bien no se enuncia la naturaleza jurídica de la PPR, «se asemeja a la medida de seguridad, toda vez que hace depender la liberación del penado, de un pronóstico de peligrosidad» (p. 259).

La bibliografía es muy nutrida y consistente, aunque hubiera sido aún más fructífero que se entablara un diálogo con aquel sector de la doctrina que avala la legitimidad de la novel figura, y el cual no ha sido tenido presente.

IV. La actualidad de las tesis planteadas en el libro reseñado surge diáfana al constatar, por un lado, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (STC 169/2021, de 6 de octubre; ponente Roca Trías) que sostuvo la legitimidad de la incorporación legislativa; y, por otro, las iniciativas parlamentarias para ampliar los supuestos abarcados por la PPR, luego de conocerse graves crímenes que conmocionaron a la opinión pública.

Al comentar CASALS FERNÁNDEZ la sentencia del TC («La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable», *La ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 153, 2021), lejos de desdecirse, insiste en su posición (en gran parte asumida por los votos disidentes), pero al mismo tiempo efectúa dos matices a su mirada original que enriquecen el diálogo jurídico, al conceder que la pena tiene más fines que la resocialización. En esa línea reconoce: a) que la política criminal adoptada por el legislador, asociada a la búsqueda de seguridad «se traduce en la necesidad de proteger a la sociedad de los sujetos más peligrosos a través de políticas que aseguren su inocuidad, ofreciendo una

respuesta contundente a la gravedad de sus crímenes, primando la función retributiva de la pena» (aunque es cierto que desestima esa política criminal, pues a su ver «debe estar asociada a un aumento significativo de la criminalidad en un determinado ámbito», y no vislumbra ese crecimiento cuantitativo); y b) con citas del TC, que la pena «no debe basarse exclusivamente en el fin resocializador, pues sí debe también tener como finalidades la intimidación, la eliminación de la venganza privada, la consolidación de las convicciones éticas generales y el refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6)».

Como se adelantó renglones arriba, la base de la discusión es teleológica, pues si se parte de una visión escéptica de la pena (al entenderla «ineficaz» y un «mal necesario e inevitable») difícilmente se puede convalidar la aflicción que implica el encierro prolongado de una persona. Por eso mismo, es coherente la autora cuando anatematiza tanto la PPR cuanto toda pena que supere los quince años de prisión, lo cual se inscribe según el TC en «un debate histórico sobre la legitimidad y utilidad de la pena de prisión que encuentra su expresión más acusada en posiciones abolicionistas» (FJ 4).

Ante ello entiendo que no puede perderse de vista que la protección de la sociedad frente a conductas tan graves constituye también un fin primordial de las penas, cuya intensidad debe necesariamente guardar relación con el daño causado aunque respetando siempre el principio de humanidad, que no se ve resentido tanto por la extensión temporal del castigo cuanto por las modalidades de su cumplimiento.

Finalmente, cabe el mérito a la autora de identificar las desavenencias prácticas del instituto de la revisión, que fueron tomadas por el TC al establecer una interpretación conforme al texto constitucional en dos aspectos singulares: a) concedida la libertad provisional, sólo podrá revocarse si se vuelve a delinquir o infrinja las prohibiciones y reglas de conducta impuestas; b) la revocación de la libertad condicional no puede impedir que el penado pueda obtener en un futuro una nueva revisión de la pena.

En definitiva, y más allá de las mínimas consideraciones realizadas, tenemos en nuestras manos un meticuloso compendio sobre las principales aristas de la prisión permanente revisable, de insoslayable consulta para quien procure abordar este tema y, sin dudas también, para los integrantes del Congreso de los Diputados que tendrán que discutir la ampliación de delitos incluidos, aunque con los márgenes delineados por el Tribunal Constitucional. Y, particularmente para los críticos de la PPR, pues el libro constituye una contundente batería argumentativa que, haciendo base en los fines resocializadores de la pena, se opone concienzudamente a la instauración de una pena que entiende inhumana.

Roberto Cruz Palmera, Delitos instrumentales. Aspectos de política legislativa, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2020, 327 páginas

Rolando Márquez Cisneros
Universidad de San Martín de Porres (Lima)
rm@marquezcisneros.com

-

La obra de Roberto CRUZ PALMERA, joven investigador colombiano y profesor de Derecho penal de la Universidad Isabel I de Castilla (Burgos-España), refleja el estudio que realizó con ocasión de su tesis doctoral, defendida en la Universidad de Navarra, dirigida por el Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz.

En su monografía, CRUZ PALMERA ofrece criterios para interpretar de forma conveniente, entendiéndose en coherencia con los principios legitimadores de la intervención penal, los delitos instrumentales, concretamente, para la estafa informática (art. 248.2 b CP), para infringir la propiedad intelectual (art. 270.6 CP), para el tráfico de drogas (art. 371.1 CP), para realizar falsedades (art. 400 CP) y el delito de autoadoctrinamiento para cometer delitos de terrorismo (art. 575.2 CP). El autor nos ofrece estos criterios o pautas de interpretación porque entiende que, en estos tipos penales, con el adelantamiento de la protección penal que implican, se contravienen los principios de lesividad, culpabilidad, presunción de inocencia, entre otros. La obra consta de siete capítulos, cuyos puntos, para mí los más resaltantes, iré describiendo, a la par formularé algunas críticas a los pareceres del autor.

CRUZ PALMERA, en el capítulo I, denominado *La preparación como delito* (pp. 7 a 21) señala que ésta, en la medida en que supone un adelanto de la barrera de punibilidad, genera no pocos problemas desde la óptica de los principios limitadores de la intervención penal y de instituciones como la tentativa, la participación, entre otros. Por esa razón, para él, esta técnica, presente en España y en otras latitudes, (incluso ya en la antigua Roma), debe ser usada de forma excepcional, cualidad que no se verifica porque el legislador recurre a la misma en no pocos preceptos. En este orden de ideas, entiende que los delitos instrumentales serían una suerte de modalidad de la preparación como delito, a la que recurre el legislador en su ambición de sobreproteger determinados bienes, sabiendo que se castiga una posibilidad de causar un daño. Hasta aquí, lo que tengo que criticar es que a CRUZ PALMERA le parezca mal que el legislador penalice una conducta porque pueda causar una lesión. Desde mi punto de vista, la posibilidad de causar una lesión, que el autor cuestiona, no es sino el concepto de peligro y éste tiene perfecta cabida (legítima) en el Derecho penal.

En el capítulo II, denominado *Delitos de preparación y delitos instrumentales* (pp. 23 a 36), el autor, tras clasificar los delitos de preparación en función de varios criterios (entre otros, por la tenencia y por su relación con la víctima), precisa que el problema (adicional) en éstos es que algunos se reprimen con la misma pena establecida para los autores de los delitos consumados; por eso la necesidad de revisar los criterios de ponderación. Esta es una crítica durísima que formula CRUZ PALMERA al legislador, con la que estoy de acuerdo, pues, en efecto, el principio de lesividad y, con él, el de proporcionalidad, parecen no haber guiado la actuación de aquél al

momento de establecer los marcos penales para el delito preparatorio y su correspondiente delito consumado. En la medida en que el autor, al esbozar la clasificación de los delitos preparatorios, ya citada, considera que varios de éstos incriminan bien la posesión, tenencia o facilitación de determinados instrumentos requeridos para cometer un delito, bien exigen que el sujeto tenga alguna relación con un instrumento, entiende que dentro de los delitos de preparación existe una sub-clasificación de delitos de corte instrumental, ninguno de los cuales lesiona el objeto de protección. A este subgrupo, en consecuencia, denomina delitos instrumentales, que responden a la lógica de los delitos de peligro y que, por ello, las conductas que incriminan pueden encontrar ya una respuesta en otros preceptos, como la tentativa de otros delitos. Por eso –y, en esto, también concuerdo con el autor– es necesario revisar la compatibilidad de los delitos instrumentales con los principios limitadores del Derecho penal, en concreto, con el principio de lesividad. Los delitos instrumentales son así los que captan la atención de CRUZ PALMERA.

En el capítulo III, rotulado *Un modelo de análisis: los delitos instrumentales* (pp. 37 a 99), el autor hace un estudio breve de los delitos que, para él, encajan en esa categoría delictiva. Empieza analizando los instrumentos para la estafa informática, prevista en el art. 248.2 b) CP, delito del que, según refiere, su sola lectura evidencia contradicciones con los principios básicos que legitiman la intervención penal. El autor, tras señalar que el precepto recoge hasta cuatro modalidades delictivas (fabricar, poseer, introducir, facilitar), afirma que el programa informático debe ser uno que de forma exclusiva esté destinado a la lesión o puesta en riesgo, en este caso del patrimonio. Este criterio me parece acertado pues, en efecto, en estos delitos la prueba circunstancial adquiere peculiar relevancia, de modo que, si el programa informático, en la cotidianidad, se utiliza normalmente para, por ejemplo, actividades educativas, ello constituirá un fuerte indicio de descargo de responsabilidad. Evidentemente, habrá que estar a la presencia de otros indicios para determinar si, en el caso concreto, concurre –o no– un indubitable contexto criminal. Por eso es que ya no concuerdo con el autor cuando exige que el programa ha de estar instalado o no depender su funcionamiento de la instalación de otros programas, exigencia que él denomina criterio de inmediatez y posibilidad en términos de uso. Este criterio no me parece acertado porque, una vez más, hay que atender el caso concreto. La práctica forense demuestra que la comisión de estafas informáticas suele ser ejecutada por sujetos con formación especializada que, en no pocas ocasiones, conforman organizaciones criminales. En consecuencia, hacer depender el contexto criminal de la previa instalación del programa informático, porque si no lo está, aunque se posea, habría, según CRUZ PALMERA, una traba instrumental, me parece una exigencia desproporcionada, que desprotege el bien jurídico, cuando menos en los supuestos de organizaciones criminales cuyos integrantes pueden, sin dificultad alguna, instalar los programas que poseen.

En lo que atañe a los instrumentos para el tráfico de drogas, delito conminado en el art. 371.1 CP, el autor señala que tal precepto incrimina un conjunto de conductas con una finalidad específica, entre las cuales destaca la posesión de materiales para la producción o fabricación ilícitas de drogas. El autor refiere que como la mera tenencia de algunas sustancias es penalmente irrelevante, resulta necesario demostrar el destino o finalidad delictiva de los materiales. En este sentido, CRUZ PALMERA se pliega a lo que la mayoría de doctrinarios expone sobre el particular, en el sentido de que lo relevante en este tipo penal es la demostración del elemento subjetivo que se desprende de la expresión *a sabiendas de que serán utilizados para (...)*. Sin dejar de ser cierto que, en la mayoría de casos sobre tráfico de drogas, es el elemento subjetivo el determinante, vuelvo con la relevancia del contexto objetivo que rodea la conducta, que puede hacer innecesario, en el caso concreto, el análisis del elemento subjetivo del tipo, más aún cuando éste depende de aquél o se determina a partir de aquél. Piénsese, por ejemplo, en alguien

dedicado a recolectar chatarra, que advierte que entre los desperdicios había máquinas empacadoras, para fabricar pastillas y para refinar cocaína. El sujeto, que tiene un mini-museo en su casa, decide poner ahí tales máquinas. Para mí, esta tenencia es penalmente irrelevante porque la probabilidad de causar el resultado, esto es, de que se fabriquen drogas con esos equipos, es insignificante. Siendo esto así, en este caso, no es necesario ya pasar a analizar si el sujeto sabía de la eventual utilización de tales equipos en la fabricación de drogas porque sencillamente la parte objetiva, a saber, la existencia de un riesgo relevante, ni siquiera concurre. Dicho de otro modo, el análisis del elemento subjetivo no es lo relevante del tipo, o, en todo caso, no lo es en todos los supuestos.

El autor, respecto del delito de autoadoctrinamiento para cometer delitos de terrorismo (art. 575.2 CP), muestra su preocupación, para mi acertada, en el sentido de que este precepto, además de los problemas probatorios que plantea (es difícil determinar cuándo el sujeto se está capacitando para luego cometer un atentado terrorista), puede suponer un grave atentado contra las libertades de pensamiento e información o contra la intimidad personal. En la línea de proporcionar una interpretación correcta del precepto, CRUZ PALMERA entiende que, en este delito, el instrumento no es el sujeto que se adoctrina sino la información a la que recurre para adoctrinarse, que, entonces, ha de ser considerada peligrosa porque sirve para la preparación y posible posterior ejecución de un atentado terrorista.

En el capítulo IV, denominado *Política criminal y garantías frente a la anticipación en los delitos instrumentales* (pp. 103 a 145), el autor cuestiona que éstos hayan arribado al Código penal sin un análisis previo y serio sobre su conformidad –o no– con los principios básicos del Derecho penal. En cuanto al principio de legalidad, CRUZ PALMERA menciona algunas frases previstas en los delitos instrumentales que, sin duda, por su vaguedad, contravienen el mandato de determinación y, con ello, la seguridad jurídica. Por ejemplo, expresiones como “tenencia de útiles, materiales, sustancias y datos destinados a la comisión de delitos (art. 400 CP) o “alegaciones que puedan causar perjuicio grave y manifiesto a los consumidores” (art. 282 CP). Desde mi punto de vista, en la medida en que los delitos instrumentales se configuran como delitos de peligro, en los que el legislador adelanta las barreras de protección y pretende evitar, lo más que se pueda, que ciertas conductas queden fuera del Derecho penal, es casi una quimera esperar a que de la literalidad del precepto se extraiga, con facilidad, el objeto que se está protegiendo. De todas formas, sin desconocer que una absoluta claridad en la redacción es imposible dada la naturaleza porosa del lenguaje, me parece acertada la exigencia de CRUZ PALMERA, en el sentido de que, con todo, se ha de emplear una redacción capaz de expresar lo que el legislador quiere tutelar. En cuanto al principio de subsidiariedad, si bien el autor señala que se ha de recurrir al Derecho penal cuando la conducta específica no pueda ser contenida por otros mecanismos jurídicos menos lesivos (Derecho civil, administrativo, etc.) y que existe una doble tipificación, incluso con respecto a otras áreas del ordenamiento, no señala cuál de los delitos instrumentales presenta esta característica. Hasta donde alcanzo, esto, en todo caso, se podría predicar, por ejemplo, de los delitos instrumentales para lesionar la propiedad intelectual. Desde mi perspectiva, considero que el delito de adoctrinamiento para cometer delitos de terrorismo (art. 575.2 CP) no contraviene la garantía comentada, siempre, claro está, que se haga una interpretación restrictiva del mismo, referida a que el contexto evidencie la existencia de un indubitable plan criminal. Para mí, si ese fuera el caso, la conducta del sujeto de capacitarse, que evidencia su intención, pone en grave riesgo bienes jurídicos fundamentales (vida, salud, por ejemplo), con lo cual, siendo así, no me parece desafortunada la decisión del legislador de que la misma haya sido incorporada al ordenamiento jurídico-penal. Un comportamiento de ese tipo no puede, desde mi perspectiva, quedar al margen del Derecho penal, lo que no excluye,

evidentemente, que de forma simultánea se articulen otros mecanismos de prevención, sobre todo si se tiene en cuenta que el terrorismo es un fenómeno delictivo harto complejo y que, por lo mismo, debe ser abordado desde una perspectiva socioeconómica, por ejemplo.

En lo que atañe a la compatibilidad de los delitos instrumentales con el principio de proporcionalidad, CRUZ PALMERA entiende que en los tipos estudiados la pena con la que se los conmina es desproporcionada porque no se corresponde con la naturaleza del ataque que ellos implican al bien jurídico. Así, por ejemplo, en algunos casos, los delitos instrumentales tienen prevista una pena que equivale a la del tipo de resultado [(arts. 400 y 248.2 b)]. Esta crítica del autor es acertadísima porque, desde mi punto de vista, tal incongruencia puede incluso motivar al agente a dar inicio a la ejecución del delito-fin, antes que optar por la comisión del delito preparatorio. Dicho de otra manera, esta desproporcionalidad termina disipando la función orientadora (educadora) del Derecho penal, conforme a la cual éste busca desmotivar determinados comportamientos, a saber, los que generan los peligros más relevantes para los bienes jurídico-penales. En lo que respecta al principio de lesividad, CRUZ PALMERA entiende que los delitos instrumentales no lesionan efectivamente todavía un bien jurídico, pero tampoco representan un peligro grave de lesión; por eso considera que se podría afirmar que constituyen meras desobediencias, infracciones administrativas elevadas a la categoría de delito. En suma, por no ser compatibles con el principio de lesividad, no pueden ser considerados delitos. Desde mi punto de vista, esta afirmación de CRUZ PALMERA no es acertada. Una vez más, hay que estar al contexto. El autor, para mí, olvida que el principio de lesividad le exige al Derecho penal, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho administrativo, analizar un caso puntual, acaecido en la realidad y, siendo así, son muchos los casos en los que la posesión de instrumentos para fabricar drogas constituye una conducta de no insignificante capacidad lesiva. Piénsese, por ejemplo, si tales instrumentos son encontrados en unas condiciones de las que se puede advertir indubitablemente que, con ellos, en un futuro no muy lejano, se iba fabricar drogas. Para mí, en este caso, mal puede catalogarse esa posesión como una mera desobediencia administrativa, sin capacidad para afectar bienes jurídicos fundamentales.

En cuanto a la contravención de la garantía de la presunción de inocencia por parte de los delitos instrumentales, es acertada la posición de CRUZ PALMERA cuando entiende que muchos de estos tipos, sobre todo los estructurados sobre la posesión de determinados objetos, incorporan una presunción de responsabilidad; sin embargo, aunque el autor no lo señala, desde mi punto de vista, esta presunción es de naturaleza *iuris tantum*, jamás *iuris et de iure*, esto es, se trata de una presunción que admite prueba en contrario pues una posición distinta conllevaría la no necesidad del proceso penal, destinado a probar, ahí, la responsabilidad del sujeto. En buena cuenta, para CRUZ PALMERA, el legislador crea tipos instrumentales porque, a partir de datos estadísticos, entiende que la posesión de ciertos objetos pone en peligro determinados bienes jurídicos. En esto estoy de acuerdo. Ahora, aunque el autor no lo diga, infiero que él también entiende que la autorización que tiene el legislador para basarse en estadísticas y, a partir de éstas, crear tipos penales que “presumen” la peligrosidad, no significa, en modo alguno, en coherencia con el principio de lesividad, que el juez, en la labor que le toca, esto es, imponer penas a ciudadanos concretos, esté autorizado para realizarla a partir de lo que dicen las estadísticas.

En el capítulo V, denominado *Instrumentos de anticipación en Derecho penal* (pp. 147 a 194), el autor, demostrando originalidad, clasifica tales mecanismos en función de la naturaleza de la anticipación. Así, entiende como anticipación dependiente a aquella que está justificada siempre en relación con un delito posterior (que no necesita ejecutarse, pero es el que, en última

instancia, se trata de evitar). En esta clasificación agrupa a la tentativa y a los actos preparatorios punibles. Por otro lado, considera como anticipación autónoma a aquella en la que la conducta, en sí misma, ostenta un grado de potencialidad lesiva socialmente intolerable; por eso su criminalización nada tiene que ver con la preparación de un delito posterior. Dentro de esta clasificación coloca a los delitos de tentativa, a los tipos de peligro abstracto y a los delitos de participación. Finalmente, CRUZ PALMERA entiende que otra forma de anticipación se presenta mediante la simultaneidad a la realización de un hecho delictivo. Hay anticipación, dice, en cuanto el delito medio antecede al delito-fin, y hay simultaneidad en cuanto el delito medio se perpetúa de alguna manera durante la ejecución del delito-fin. En este tercer grupo, incluye el concurso medial.

Pienso que CRUZ PALMERA confunde el concepto de peligro abstracto (pp. 169 a 175), cuando dice que los delitos de esta naturaleza incorporan una presunción de peligrosidad basada en datos experimentales, por lo que se sabe que conducirán a consecuencias lesivas. Para mí, en los delitos de peligro abstracto (en el peligro, en general), nada se sabe, en el sentido de que no hay seguridad sobre la producción del resultado lesivo. Desde mi punto de vista, el autor olvida que una característica del peligro es la incertidumbre, por lo tanto, no puede afirmarse que, en los delitos de peligro abstracto, debido a las estadísticas, se sabe que el resultado acaecerá. El resultado es probable, pero no hay seguridad sobre su producción. Si hubiese seguridad, sencillamente no se trata ya de peligro. En la misma línea, afirma que bastará con demostrar la realización de la conducta enjuiciada, aunque no sea necesario probar el peligro. Hasta donde alcanzo, un punto de vista como el que ofrece el autor contraviene el principio de lesividad. No es que no sea necesario demostrar el peligro. Por supuesto que éste se ha de demostrar en el caso concreto. Sería ilegítimo penar a alguien por un tipo de peligro abstracto en el que no se haya demostrado el peligro causado por su conducta (la enjuiciada). No es necesario, eso sí, en el delito de peligro abstracto, probar que la conducta, en el caso concreto, creó un peligro para alguien específico (por eso es abstracto), pero esto es distinto a decir que no es necesario probar la peligrosidad de la conducta enjuiciada.

En el penúltimo capítulo, el VI, que CRUZ PALMERA titula *La legitimidad de la intervención penal en los delitos instrumentales* (pp. 197 a 231), él, tras analizar algunos criterios (los objetos, la finalidad del agente, el bien jurídico protegido, la conducta), para tratar de justificar aquéllos, concluye que es inaceptable el adelantamiento que implican y, por tanto, son injustificadas las normas penales que incluyen delitos instrumentales. En la misma línea, destaca que estos tipos rompen la excepcionalidad del castigo de los actos de preparación y que, en el caso del tráfico de drogas, si se le quiere combatir, sería factible financiar la erradicación de cultivos de coca en los países productores. Discrepo con el autor. Desde mi punto de vista, no es inaceptable el adelanto de la protección que suponen delitos como la posesión de instrumentos para la fabricación de drogas o el adoctrinamiento militar con el propósito de cometer actos terroristas. No es inaceptable porque, atendiendo al principio de lesividad, estas conductas, en el caso concreto, suponen un peligro no insignificante para bienes jurídicos fundamentales (como la vida y la salud, por ejemplo, de una potencialidad indeterminada de sujetos pasivos); en consecuencia, para mí, la exigencia de antijuridicidad penal material está suficientemente satisfecha en ambas conductas. De ahí que es justamente esta peligrosidad la que hace que no se rompa la excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios pues, como se sabe, la represión penal de éstos, y su consideración como delitos autónomos, está justificada cuando la conducta genera para el bien jurídico un peligro de magnitud nada despreciable. En este orden de ideas, es cierto que una política criminal eficaz contra el tráfico de drogas ha de incorporar en sus planes la erradicación de los cultivos de coca en los países productores de este insumo; sin embargo,

pienso que esta medida ha de ir acompañada, necesariamente, de la intervención penal. Esto porque, en esos países, existen una serie de condiciones (geográficas, climáticas, etc.), que hacen económicamente muy rentable cultivar coca para destinarla al tráfico ilícito drogas, lo que significa la presencia en el agente de una fuerte motivación para incurrir en la conducta ilícita; por eso deviene en necesario el control de este comportamiento por el Derecho penal.

En el capítulo VII, el final, titulado *Propuesta de interpretación*, el autor, ante los problemas de legitimidad que plantean los delitos instrumentales, trata de encontrar una forma de interpretarlos que sea coherente con los límites básicos del Derecho penal. Desde mi punto de vista, es aquí donde radica el aporte fundamental, riguroso, de la obra de CRUZ PALMERA. De cara al objetivo señalado, el autor echa mano de las herramientas dogmáticas que ofrece la teoría de la imputación objetiva y, en virtud de ellas, por ejemplo, excluye, acertadamente, aquellas posesiones de instrumentos que, aunque pueden estar catalogados como delictivos, están en el dominio del agente de forma casual. Este parecer de CRUZ PALMERA, para mí, una vez más, es acertado, pues, conforme él lo explica, la conducta de tenencia, en esos casos, no supera el nivel de riesgo socialmente tolerado, esto es, se trata de una conducta atípica, sin relevancia para el Derecho penal.

En este orden de ideas, el autor considera que el comportamiento específico, el delito instrumental, ha de tener dos requisitos para reputarse legítimamente delictivo. El primero de ellos, que él denomina inserción estructural, consiste en que los instrumentos han de estar dispuestos o ubicados de tal forma que, por un lado, crean un indubitable estado de participación delictiva y, por otro, favorecen la comisión del respectivo delito-fin, al mostrarse idóneos para la perpetración de éste, por estar colocados de esa manera. Este planteamiento de CRUZ PALMERA es correcto. En efecto, la no exigencia de lo que él llama inserción estructural, supondría la represión penal de, por ejemplo, la mera tenencia de objetos, configurándose así una transgresión, entre otros, a los principios de lesividad y culpabilidad (concretamente, al principio de la responsabilidad por el hecho propio o proscripción de la responsabilidad objetiva) pues, respecto de esta última garantía, el castigo por el solo tener ciertos objetos incorpora una presunción de la peligrosidad de la conducta del agente. Con este punto de vista, el autor termina acercándose a mi planteamiento, arriba expuesto, conforme al cual, en definitiva, se ha de estar a las circunstancias que concurren en el caso concreto para determinar la relevancia o irrelevancia penal del comportamiento enjuiciado.

En cuanto al segundo requisito que deben reunir los tipos instrumentales para que la intervención penal que implican sea legítima, CRUZ PALMERA menciona la funcionalidad por reconfiguración. Esta exigencia, para el autor, significa que los agentes necesariamente se han de involucrar en la estructura, modificando la posición de los objetos, dándoles funcionalidad delictiva, con la finalidad de alcanzar el resultado. Como ejemplos, señala, entre otras conductas, organizar el sótano de un inmueble donde se producen en cadena CDs de audios originales y controlar la climatización del cultivo de marihuana. En todas estas conductas, refiere el autor, el sujeto despliega su personalidad en la estructura, configurando una situación próxima a la lesión del bien jurídico, pues modifica la posición de los objetos con la finalidad inequívoca de lograr ese resultado lesivo. Desde mi perspectiva, este criterio de interpretación restrictiva de los tipos instrumentales que ofrece CRUZ PALMERA es coherente con un Derecho penal propio de un Estado de Derecho porque, al exigir que el sujeto efectivamente despliegue una conducta que favorezca (esencialmente, entiendo) la comisión del delito-fin, se muestra respetuoso de los principios de lesividad, culpabilidad y, con ello, evidentemente, de proporcionalidad. La contribución del autor es aquí, entonces, fundamental. Pero la grandeza de su obra, respecto de este punto, es

que, hasta donde alcanzo, el criterio de interpretación que ofrece para los delitos instrumentales puede perfectamente extrapolarse a otros ámbitos, como, por ejemplo, el del crimen organizado, en concreto, al delito de pertenencia a organizaciones criminales del art. 570 bis 1 CP. Así, la aplicación de tal criterio nos lleva a concluir que este delito no puede entenderse como un tipo de *status* o de mera adhesión, sino que el integrante, para ser reputado como tal y, con ello, responder penalmente, ha de realizar alguna conducta que signifique una contribución esencial con el plan criminal, es decir, una conducta que contribuya con el mantenimiento o con el buen funcionamiento de la estructura operativa de la organización.

En resumen, la obra de CRUZ PALMERA se muestra rigurosa y su publicación aparece como provechosa en un momento en el que la expansión del Derecho penal, que SILVA SÁNCHEZ denunció hace más de dos décadas, continúa de forma vertiginosa. El estudio que, desde la óptica de los principios legitimadores de la intervención penal, realiza el autor nos recuerda lo esencialmente limitado que es, en un Estado democrático de Derecho, el Derecho penal, específicamente, la forma restrictiva con que se han de interpretar los preceptos que criminalizan comportamientos, más aún si aquéllos, como los tipos instrumentales, implican un adelantamiento de la protección penal. Esta es la importancia de la obra de CRUZ PALMERA, importancia que se acrecienta porque él, con determinación y esfuerzo, realiza su investigación a partir de esos tipos penales, poco estudiados, contribuyendo no sólo con la comunidad académica sino también con los operadores de la Administración de justicia.

Réplica a la Recensión de Ángel Sanz Morán a La peligrosidad del inimputable y la inimputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la inimputabilidad penal y la peligrosidad criminal, Marcial Pons, Madrid, Barcelona..., 2021 (InDret 1/2022)

Leopoldo Puente Rodríguez
 Universidad Autónoma de Madrid
 leopoldo.puente@uam.es

-

Cuando uno escribe algo (y más cuando escribe algo que probablemente sea «demasiado largo») no es que tenga la *expectativa* de ser leído, tiene, más bien, la *esperanza* de que así sea. Y, en particular, se imagina (en sus más optimistas momentos) que es leído precisamente por aquellos penalistas a los que más admira y respeta. Por ello, que el Profesor Ángel SANZ no solo haya leído mi trabajo, sino que incluso lo haya recensionado despierta en mí una gratitud solamente comparable a la felicidad que, del mismo modo, genera.

Las discrepancias entre las posiciones del Profesor SANZ MORÁN y las mías son varias y profundas. Ello no es casual. Creo firmemente que, como alguna escuela filosófica de cierta importancia sostiene, «pensar es pensar a la contra», contra algo o contra alguien. De este modo, la mejor manera de pensar es, o así lo creo, hacerlo «discutiendo» con las ideas de los mayores especialistas en la materia. Por ello, que discrepe de las posiciones del Profesor Ángel SANZ no es azaroso, sino fruto de haber construido buena parte de mi pensamiento «contra él».

En su amable y completa recensión, el Profesor SANZ MORÁN apunta, fundamentalmente, tres observaciones críticas muy oportunas (de las cuales, adelanto ya, comparto una «y media») e indica otras dos importantes discrepancias en las que, por comprensibles e imperiosas razones de espacio, decide no profundizar: el tratamiento de la llamada «inimputabilidad sobrevenida» y la existencia de (en mi opinión) un idéntico mensaje comunicativo en la imposición de penas y medidas de seguridad de corte inocuidador.

Acerca de estas dos últimas cuestiones no me detendré más allá de apuntar lo siguiente para que el lector ajeno a la polémica pueda hacerse cargo de la discrepancia. El Profesor Ángel SANZ ha publicado distintos trabajos en los que ha señalado, simplificando yo mucho ahora su postura, que el tratamiento procesal de la «inimputabilidad sobrevenida» (posterior a la comisión del delito, pero o bien anterior a la condena o bien coetánea al cumplimiento de la pena) muestra un trato dispar de situaciones que merecerían un mismo tratamiento (pues el sujeto presentaría idénticos déficits en unos casos y otros). Ha propuesto, en definitiva, que se establezca «un auténtico estatus legal del inimputable (lo sea en el momento del hecho o con posterioridad) sometido a un proceso penal» («Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 42, 2016, p. 7). En mi opinión, por el contrario, ese actual trato dispar (que no niego) se hallaría justificado, entre otras cosas, por el hecho de que las capacidades decisivas en esos tres momentos (comisión del delito, acto del juicio y ejecución de la pena) no serán las mismas (serían, por el contrario, la

imputabilidad, en el primer caso, la capacidad de ejercer el derecho de defensa, en el segundo, y la capacidad de comprender el sentido de la pena, en el tercero) y perseguirían distintos propósitos (todo ello lo desarrollo en mayor detalle en las pp. 219 y ss. de mi trabajo).

En cuanto al mensaje (distinto, en opinión de SANZ MORÁN; idéntico, en la mía) que transmiten penas y medidas de corte inocuizador, siguiendo el ejemplo del autor de la recensión a la que ahora respondo no entraré y me remito a lo expuesto en la monografía (Capítulo VI).

Son, entonces, tres observaciones críticas las que, fundamentalmente, requieren una respuesta algo más detallada ahora.

I

La primera consideración crítica que merece ahora proseguir con el diálogo que tan amablemente el Profesor Ángel SANZ ha entablado es la de que, en su opinión, la diferenciación de dos conceptos distintos de «peligrosidad criminal» (uno para imputables y otro para inimputables) no parecería necesaria. Para dar debida respuesta a esta objeción es preciso aclarar algo previamente: puede ser cuestionable que el concepto de peligrosidad más adecuado para los sujetos imputables sea uno como el que se propone en mi trabajo (especialmente, pp. 143 y ss.); esto es: uno que, en cierta medida, apela a la responsabilidad del propio sujeto por su peligrosidad. Ahora bien, si a alguien le convencieran las razones allí expuestas, parece claro que tendría que admitir que este no puede ser aplicado a los sujetos inimputables, pues, en tal caso, llegaríamos a la paradójica situación de que la peligrosidad del sujeto inimputable (irresponsable) debería anudarse también a su «peligrosidad responsablemente generada», lo que no parece lógico.

Por ello, la divergencia entre SANZ MORÁN y yo en este punto se centra en lo primero (el concepto de «peligrosidad del imputable») y no en lo segundo (acudir a un concepto distinto para el caso de sujetos inimputables). Las razones que me llevan a sostener que un pronóstico de peligrosidad legítimo para restringir los derechos de una persona responsable debe apelar, en algún grado, a su responsabilidad son varias. Me limito aquí a enumerar algunas de ellas: 1) el concepto de «peligrosidad» está altamente cargado de consideraciones de carácter valorativo, no es la ciencia, sino el Derecho (o, más bien, los valores que este encarna) quien establece si algo es peligroso; 2) esa decisión, cuando, como sucede con el Derecho penal, va a ser empleada para dar pie a una restricción de derechos, debe justificar éticamente por qué se impone a un sujeto concreto una *específica* restricción de derechos; 3) por ello, uno no debe ser considerado peligroso (a secas), sino «peligroso a determinados efectos»; 4) cuando hablamos de un sujeto responsable, el criterio prioritario para legitimar restricciones de derechos ha de ser su propia responsabilidad; 5) poco sentido tiene apelar a un «inquebrantable» principio de culpabilidad si luego, sencillamente, se considera que no procede hablar de él cuando dejamos de definir como «pena» a una privación de libertad que se impone a un sujeto que ha cometido un delito precisamente por esto último; y 6) con independencia de las consideraciones previas (esencialmente axiológicas) hay también razones de carácter prudencial: caracterizar a un sujeto responsable como peligroso y restringir sus derechos en atención a esta caracterización cuando tal peligrosidad es independiente de la voluntad del sujeto en cuestión puede conducir a que el sujeto se desentienda de sí mismo como fuente de peligro y carezca de incentivos para tratar de revertir la situación (con un ejemplo se ve mejor: si alguien es considerado peligroso por ser un joven varón extranjero, no puede hacer nada para dejar de recibir esa calificación y recuperar sus derechos, ¿qué actitud se puede esperar de él?).

Si estas razones se antojan convincentes, la necesidad de partir de un concepto de peligrosidad distinto para el inimputable resulta, como decía, un mero desprendimiento lógico. A la pregunta de por qué podría bastar con un concepto de peligrosidad «empobrecido» para el inimputable la respuesta, resumida ahora, sería que la consecuencia jurídica anudada a tal pronóstico de peligrosidad tendría como uno de sus propósitos prioritarios (ciertamente no el único, como aguda pero sutilmente apunta el Profesor Ángel SANZ en su recensión) contribuir a mejorar el bienestar del propio sujeto inimputable. Resultarían por completo inaceptables aquellas medidas que dirigidas a sujetos inimputables carecieran de componentes positivos para ellos (si esto ya sería censurable en relación con las penas, que se imponen al sujeto culpable de un delito, con mayor razón lo sería para aquellos sujetos que tuvieron la mala fortuna de «cruzarse con un delito» en su vida siendo inimputables; nunca sobra recordar que el mandato de resocialización del art. 25. 2 CE se dirige también expresamente a las «medidas de seguridad», a las que, creo, alcanzaría todavía con mayor intensidad y razón).

II

Una segunda manifestación crítica que debe ser tomada ahora en consideración es la de los muchos apuros que genera en mi construcción la figura del «semiimputable». A este respecto, no puedo más que reconocerle el acierto a SANZ MORÁN. La categoría «semiimputabilidad» me resulta incómoda. Al fin y al cabo, el sujeto semiimputable se encuentra en esa delicada situación en la que consideramos que es lo suficientemente responsable como para ser castigado, pero no tanto como para poder (o deber) confiar en que su responsabilidad pueda contener su peligrosidad (habilitando frente a él, por ejemplo, intervenciones médicas no consentidas).

Al respecto ciertamente albergo dudas, pero creo que lo más adecuado sería sostener que la semiimputabilidad no es más que un régimen privilegiado para sujetos plenamente responsables. El *hecho* cierto de que las capacidades a las que se remite la imputabilidad sean graduables no tiene por qué significar que el ordenamiento jurídico *deba* establecer categorías intermedias. Cuestión distinta será que, en determinadas circunstancias, un sujeto plenamente responsable pueda no merecer la misma pena que otro por las *dificultades* adicionales con las que ha contado y se prefiera priorizar intervenciones con mayor carácter resocializador que la prisión. Ahora bien, entender así la semiimputabilidad debería llevar a descartar la intervención médica coactiva frente a estos sujetos (de nuevo con un ejemplo: un sujeto considerado semiimputable por su dependencia a las drogas no debería poder ser deshabitado sin su consentimiento, si es lo suficientemente responsable como para acabar en prisión, debe serlo también para, en el ejercicio de su autonomía, rechazar una intervención médica).

En cualquier caso, en un cierto sentido, el tratamiento del sujeto semiimputable constituye menos un reto para mi propuesta que un modelo. Precisamente porque con tal régimen, a través del sistema vicarial, se ha sabido articular la forma de compatibilizar la reacción a la imputabilidad y la reacción a la peligrosidad, he entendido que, en buena medida, este proceder era trasladable al sujeto imputable y peligroso. Por razones de espacio, me remito a lo desarrollado en la nota 333 de la p. 478, en la que, resumidamente, sostengo que en ambos casos y dentro de lo que permita el principio de culpabilidad se debe imponer primero la medida de mayor carácter resocializador (la medida terapéutica en el caso del semiimputable, la pena en el del imputable) y después, en caso de ser necesaria, aquella menos socializadora (la pena en el supuesto del semiimputable, la medida incoizadora en el del imputable).

III

Por último, apunta el Profesor Ángel SANZ que «resulta escasamente convincente, como argumento en contra de la imposición de penas y medidas al mismo sujeto, el recurso a la jurisprudencia constitucional recaída en los años ochenta del pasado siglo en referencia a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social». Y es que, como apunta de modo certero, «literalmente seguidas, llevarían a calificar de inconstitucional el tratamiento dispensado hoy al “semiimputable” en el art. 104 CP».

Creo que, efectivamente, la (remota y no reiterada) jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto puede merecer una crítica, pues, como sugiere el Profesor SANZ MORÁN y asevero yo ahora, conduciría al absurdo de declarar inconstitucional una regulación (la del tratamiento penal de los semiimputables) acerca de la que no hay discusión (ni razones, creo, para que la haya). En cualquier caso, más dudas me suscitaba extender también esa conclusión a la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada complementaria a la pena a un sujeto plenamente responsable.

Siendo eso cierto, lo es también que nos encontramos ante un problema de fuentes del Derecho. El Tribunal Constitucional (con más o menos acierto) ha sostenido que la imposición conjunta de ambas restricciones de derechos vulneraría el principio *ne bis in idem*. Dicho órgano es, en palabras precisamente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1) y hasta la fecha (y salvo error por mi parte) no ha revertido esa doctrina constitucional asentada por las SSTC 23/1986, de 14 de febrero, 21/1987, de 19 de febrero, y 107/1989, de 8 de junio. Ciertamente, veo poco probable que en un futuro cercano se declare la inconstitucionalidad de la medida de libertad vigilada y derechamente imposible (por fortuna) que se declare inconstitucional el régimen vicarial en los supuestos de semiimputabilidad. Con todo y con eso, creo que no se puede rechazar que hay doctrina constitucional asentada sobre la imposibilidad de la acumulación y es ese un problema, no precisamente menor, con el que resulta imprescindible lidiar.

Más allá de ello, lo cierto es que creo que esta cuestión tiene solo un carácter accesorio. Mi razonamiento tiene, más bien, un carácter «escalonado»: definiendo que penas y medidas de seguridad incoizadoras destinadas a sujetos responsables son, en todo lo que al Derecho penal importa, idénticas. Subsidiariamente, si esto no se admite, sostengo que de ello no se desprende que ambas puedan ser directamente acumuladas sin más, siendo el principio *ne bis in idem* solo una de las distintas razones que podrían oponerse a eso (todo ello se desarrolla en el Capítulo VI de la monografía recensionada).

En definitiva, creo que el Profesor Ángel SANZ acierta en su valoración crítica de la doctrina constitucional en ese punto, pero, en primer lugar, existe el «problema de fuentes» antes apuntado, y, en segundo lugar, ello podría poner en entredicho uno de los razonamientos alternativos que componen el razonamiento subsidiario; razonamientos alternativos (en mi opinión, estos sí) perfectamente acumulables.

IV

Concluyo ya esta réplica. En cualquier caso, quisiera reconocer la absoluta falta de proporción entre las observaciones más críticas de la recensión a la que respondo (que ocupan algo más de media página) y el espacio que he empleado yo para responder. El Profesor Ángel SANZ ha sido,

es y será un continuo acicate para la reflexión de cualquier penalista. Unas pocas reflexiones tuyas pueden generar un auténtico hervidero mental que, probablemente por fortuna para mí, debe ahora cristalizar en este breve espacio. Como siempre, en cualquier caso, estas páginas no marcan el fin de una reflexión, sino la continuación de una de la que el Profesor Ángel SANZ es una de sus principales causas, lo que, entre otras muchas cosas, le agradezco profundamente.