

30

S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2012

30

Revista Pend

Pend

Julio 2012



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 30

Sumario

Doctrina

– Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal, por <i>Kai Ambos</i>	3
– Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal, por <i>Pablo Galain Palermo</i>	13
– Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE, por <i>María Marta González Tascón</i>	35
– Prensa y garantías penales: Consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento, por <i>María Jesús Guardiola Lago</i>	60
– La reforma de la legítima defensa en Italia: El derecho a la autotutela del domicilio familiar, por <i>Vincenzo Militello</i>	84
– Las relaciones entre Poder Legislativo y Poder Judicial en las últimas reformas del Código Penal Español, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	104
– La libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces. Análisis de la libertad de imprenta en la Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822, por <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	118
– Una discusión rancia para la época: responsabilidad penal de las personas jurídicas sí o no. La realidad Argentina, por <i>Marcelo Pablo Vázquez</i>	134
– Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	146
– Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	158
– Dogmática penal, Teoría del delito y Teoría del caso: una visión integradora, por <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	168
– Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género, por <i>Carolina Villacampa Estiarte</i>	177
Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2009-2012)	217
Bibliografía: por <i>Francisco Muñoz Conde</i> y <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	285



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Baris Erman (Turquía)
Olmo Artale y Nicola Santi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga y J. Jesús Soriano Flores (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Bibliografía



Notas bibliográficas

1. Paul H. ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal, A quién debe sancionarse y en qué medida*, traducción e introducción de Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina, editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, 286 páginas.

Tanto si entendemos la Justicia distributiva en el sentido clásico del «*sum cuique tribuere*» («dar a cada uno lo suyo»), como si lo entendemos en un sentido más revolucionario con la frase de Carlos Marx, «De cada uno según sus posibilidades, a cada uno según sus necesidades», no cabe duda de que el Derecho vigente en cualquier parte del mundo, y especialmente el Derecho penal, difícilmente responde a ese patrón ideal que precisamente por serlo suele estar bastante alejado de la realidad. El mito de que el Derecho penal protege por igual los intereses de todos los miembros de la sociedad y sanciona por igual a todos los que cometan un delito hace tiempo que ha sido desenmascarado por una Criminología crítica que con datos irrefutables basados en la realidad de cualquier país ha demostrado el carácter clasista del Derecho penal tanto en los intereses que protege, como en la forma en que persigue y sanciona los delitos y sus autores.

Una vez constatada esta realidad, sobre todo en el ámbito más abstracto e igualitario de la creación de las leyes penales, tampoco puede sorprender que los criterios utilizados en la distribución de la responsabilidad penal y de la pena en el caso concreto de la determinación judicial de la pena reflejen esas mismas desigualdades, y que, por eso mismo, sean sentidos como arbitrarios e injustos por gran parte de la población, que a veces ve con asombro, cuando no con indignación, que lo que teóricamente está castigado en las leyes penales con penas severas apenas es objeto de una sanción penal, y que lo que está castigado por esas mismas leyes con sanciones menos graves es objeto de severos castigos, sobre todo cuando son

los delitos son cometidos por delincuentes marginales procedentes de los estratos económicos más débiles de la sociedad.

Entre uno y otro extremo hay naturalmente también casos, muy pocos, en los que el sentimiento de justicia popular y las decisiones judiciales coinciden, y esto le da al Derecho penal una credibilidad que no le dan por las normas legales, ni las decisiones judiciales por sí solas.

Este es el punto de partida del autor de esta obra, el profesor norteamericano Paul H. Robinson, quien desde el primer momento se plantea en los capítulos I y II por qué los criterios existentes detrás de lo que él llama «principios distributivos de la responsabilidad penal y de la pena»: disuasión general y especial, rehabilitación, incapacitación de los peligrosos, merecimiento deontológico y merecimiento empírico, son por sí solos insuficientes para garantizar una distribución justa y equitativa, e incluso las más de las veces entran en conflicto entre sí provocando la disfuncionalidad de todo el sistema penal, sobre todo cuando se trata de su aplicación en el caso concreto.

Analizando luego cada uno de los criterios antes señalados por separado, Robinson ve el punto débil de la disuasión en que ni desde el punto de vista normativo ni desde el psicológico, se verifica empíricamente que la punición de una conducta disuada efectivamente al potencial delincuente, ya que éste se mueve por criterios de racionalidad distintos a los de los patrones legales, que la mayoría de las veces no conoce o le importan un bledo. Ciertamente, dice Robinson (capítulo III), ese efecto disuasorio puede mejorarse haciendo que, por diversas vías, las reglas legales sean mejor conocidas por la población en general, que el castigo sea más previsible y se aplique sin dilaciones, y que la pena más que «ejemplar» sea «real»; es decir, se corresponda en su efectiva duración a la que impuso el Juez en la sentencia (*truth in sentencing*). Sin embargo, Robinson

insiste en el capítulo IV en las dificultades que tiene la disuasión para asegurar una correcta distribución de la responsabilidad penal, cuando llevada sólo por el pretendido efecto que puede tener en la población, ignora otros criterios de distribución igualmente importantes: el merecimiento de la pena y la rehabilitación del delincuente.

Pero también se muestra crítico con el criterio de la rehabilitación (capítulo V). Sin cuestionar que muchos de los programas de rehabilitación implantados en las prisiones norteamericanas puedan tener éxito, sobre todo en relación con los delincuentes drogadictos o con los autores de delitos sexuales, la reducción de la tasa de reincidencia sigue siendo escasa, por debajo del 15 por ciento, y, en todo caso, es un criterio que difícilmente puede tenerse en cuenta en el momento de la determinación judicial de la pena, siendo más un problema a resolver en el ámbito penitenciario, en el que aplicado con criterios desvinculados del caso que motivó la condena podría llevar a resultados intolerables, como la rápida liberación del delincuente que no necesita rehabilitación por estar ya plenamente rehabilitado y haber cometido el delito en una situación conflictiva irrepitable; o el internamiento perpetuo del que no es susceptible de rehabilitación.

Este último grupo lleva al Profesor Robinson a ocuparse en el capítulo VI de la incapacitación de las personas peligrosas. Este es, en mi opinión, el capítulo más discutible de este libro. En él Robinson sigue la línea, ya marcada hace más de un siglo por Von Liszt, de que la incapacitación («inocuidación» la llamaba Von Liszt), incluso a perpetuidad, del delincuente peligroso es a veces la única vía para cumplir el objetivo de una defensa social frente al peligro que representan el reincidente, el psicópata sexual con tendencia a cometer delitos violentos, etc, con pronóstico fundado de su peligrosidad futura. Pero aquí advierte Robinson que, en realidad, no se trata de una verdadera sanción penal, sino de otro tipo de sanción que no debe ser confundida con la penal propiamente dicha. Desde luego, tiene razón Robinson cuando advierte de que introducir, más o menos encubiertamente, en la determinación de la pena criterios basados en la peligrosidad criminal del sujeto, desfigura el verdadero sentido de la sanción penal y la confunde con otro tipo de medidas. Este sería, por ejemplo, el caso cuando se tiene en cuenta la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, o de leyes como la californiana «*three strikes and you are out*», que posibilita la aplicación de penas de prisión perpetua a delincuentes que apenas han cometido más de tres delitos de hurto o estafa (como sucedió efecti-

vamente en el conocido como caso *Rummel*). Robinson no menciona expresamente el sistema de las medidas de seguridad, pero en el fondo viene a proponerlo cuando admite que en lugar de la pena, o incluso después del cumplimiento de ésta se pueda imponer un internamiento preventivo, como en el Derecho alemán el «internamiento en custodia de seguridad». Robinson es consciente de que ello puede llevar a abusos por parte del Estado, al modo del *Archipiélago Gulag*, pero, en su opinión, este es un riesgo que es preferible correr, antes que asumir que el criterio de la peligrosidad se tenga en cuenta ocultamente como un criterio de distribución. Evidentemente, no le falta razón a Robinson en su crítica a la incapacitación como criterio de distribución de la responsabilidad penal y de la pena, pero se echa de menos que no tenga en mayor consideración las consecuencias terribles que ello puede tener cuando se aplica disfrazada de otro tipo de instituciones como lo que él llama «internamiento preventivo», no sólo por la debilidad, que él mismo reconoce, de los pronósticos de peligrosidad que se manejan por los expertos (cita incluso que por algún autor se ha llegado a proponer entre otros criterios el tamaño del pene para dictaminar la peligrosidad de un violador), sino porque, como la historia reciente de los países más poderosos y aparentemente más civilizados demuestra (recuérdese sólo el Holocausto de los judíos en la Alemania hitleriana, pero también la situación de los presos afganos en la base norteamericana de Guantánamo), se pueda emplear como forma de exclusión o, incluso eliminación, de grupos enteros de población, bien por razones étnicas, ideológicas, racistas, o de cualquier otro tipo. Es claro, y en eso tiene razón Robinson, que el criterio de la peligrosidad y la finalidad de la incapacitación (término por lo demás que tanto en inglés, «incapacitation», como en español, tiene connotaciones negativas) de los delincuentes peligrosos, no debe mezclarse con los criterios de reprochabilidad (Robinson no emplea su equivalente en nuestra terminología de culpabilidad) y merecimiento de pena, pero esto no debe llevar, a mi juicio, a un sistema de internamiento preventivo ilimitado o desconectado de las garantías constitucionales, sobre todo de la idea de proporcionalidad respecto a la gravedad del delito cometido y de los que pueda esperarse que cometa en el futuro, de la revisión periódica de la peligrosidad del sujeto, del control judicial del internamiento, etc; ni a lo que se ha llamado un «fraude etiquetas», en el que la imposición del internamiento preventivo, teóricamente destinado sólo a prevenir la peligrosidad del sujeto, pueda ser de hecho mucho más lesivo y limitador de los derechos fundamentales

del condenado que si se le hubiera impuesto una pena. Creo que una mayor profundización en el estudio del sistema de las medidas de seguridad vigente en algunos países europeos (como el sistema vicarial, o la limitación de la duración de la medida de internamiento al máximo de duración de la pena), y una más tajante separación entre la peligrosidad predelictual y la posdelictual, podría dar mayor fundamento científico a la crítica que hace Robinson en este capítulo del sistema de incapacitación del delincuente peligroso vigente en los Estados Unidos de América.

Después de la crítica realizada a los criterios de distribución anteriormente expuestos, parece claro que Robinson se incline por un criterio de merecimiento, que, en la terminología clásica, no es otro que el de la retribución en base a la gravedad del delito y a la reprochabilidad (culpabilidad) del delincuente. A la vista de ello, más de uno pensará que para este camino no hacían falta estas alforjas ya que el criterio del merecimiento, retribución, pena justa, o como quiera llamársele, es el que siempre ha estado, con más o menos variantes y a pesar de las críticas que ha sufrido, en la base de la teoría clásica del Derecho penal. Pero la aportación de Robinson en esta materia es sin duda la más sugerente y renovadora de su obra, sometiendo a profunda revisión y reflexión las distintas versiones del concepto de merecimiento, y las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas. Así, por ejemplo, distingue en el capítulo VII tres concepciones de merecimiento que tienen un distinto significado; un merecimiento vindicativo, cuya máxima expresión sería la Ley del Talión, en el que sólo la gravedad del delito determina la gravedad de la pena («ojo por ojo, diente por diente»); otro deontológico, en el que la gravedad de la pena se gradúa en función de la culpabilidad del autor explicada en términos filosóficos morales; y un merecimiento empírico en el que la gravedad de la pena se determina en base a las «intuiciones» de justicia vigentes en la población. En este capítulo expone las ventajas e inconvenientes de cada una de estas concepciones del merecimiento. Sin duda, el criterio del merecimiento vindicativo, que es el que tiene en cuenta el daño causado a la víctima por el delito, goza de gran predicamento en las actuales tendencias victimológicas y en gran parte de la opinión pública cuando se trata de delitos especialmente odiosos que despiertan la indignación popular (terrorismo, asesinos en serie, depredadores sexuales); pero su principal defecto está, además de en apoyarse en un factor puramente emocional y, por tanto, irracional, en que no tiene en cuenta otros factores relevantes, e incluso ni siquiera el hecho de que el daño puede ser reparado

igualmente por otros sistemas de compensación no necesariamente punitivos. En general, contra el criterio del merecimiento, y no sólo contra el vindicativo, se levantan objeciones, como que puede ser duro o estar basado en la ira y el odio, que da preferencia a la pena de prisión (e incluso la de muerte en los casos más graves), su propia vaguedad que da lugar a un profundo desacuerdo entre los diversos autores que lo proponen, que no evita delitos, que es inmoral y, en definitiva, que es difícil de implementar. Robinson analiza todas estas objeciones, que obviamente afectan más a unos criterios de merecimiento que a otros, para inclinarse finalmente por un merecimiento que él llama «empírico» y que constituye la principal base de su concepción, a cuya exposición dedica el capítulo VIII. Desde luego un sistema de justicia penal que coincida con el sentimiento («intuiciones», las llama Robinson) de justicia vigente en la población refuerza la confianza de los ciudadanos en el Derecho. Por lo que respecta al Derecho penal, si la condena penal tiene un poder de estigmatización que haga sentir la diferencia entre los que cumplen las normas y los que no lo hacen, esto representa un motivo adicional de control; en cambio, si esa condena no se basa en las intuiciones de justicia vigentes en la población el sistema penal se erosiona, pierde credibilidad y confianza. Robinson cita en este sentido frecuentemente la famosa «Ley seca» vigente en los Estados Unidos en los años veinte del pasado siglo como un ejemplo de ese divorcio entre el Derecho penal y las intuiciones de justicia de la población. Pero también los casos de impunidad de los poderosos en los escándalos financieros puede ser un ejemplo de esa pérdida de reputación del Derecho penal. Entre la «sobrecriminalización» y la «impunidad» hay espacios en los que la coincidencia entre el Derecho penal y la intuición popular puede ser mayor o menor. En todo caso, advierte Robinson del peligro de las patrullas vecinales que se toman la justicia por su mano o intentan imponerla «manu militari» en las zonas o barrios periféricos de las ciudades, cuando no llega a los mismos la protección que debe brindar la policía; y también destaca el poder de configuración que tienen las normas sociales sobre el papel persuasivo del Derecho, y el poder que a su vez tiene el Derecho en la configuración de la conciencia social.

Todas estas consideraciones son, a mi juicio, válidas, pero merecen una reflexión y un análisis crítico desde otros puntos de vista. Para los traductores de esta obra, Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina, en su excelente Introducción a la misma, la tesis de Robinson viene a coincidir, en el fondo, con la teoría, que en Alemania

y también en algún sector de la doctrina española está bastante extendida, de la «prevención general positiva», sobre todo en la versión de que le da el penalista alemán G. Jakobs. Independientemente de reconocer algunas coincidencias, la diferencia fundamental entre ambas es, sin embargo, a mi juicio, que mientras la de Robinson es «democrática» en el sentido de que parte de las intuiciones de justicia de la población, la de Jakobs y en general la de los autores que defienden la tesis de la prevención general positiva es «autoritaria» en el sentido de que se le atribuye a la pena un papel de reforzamiento de la confianza de los ciudadanos en la vigencia del derecho, pero no se basa en ella ni tiene por qué coincidir con ella. Ni que decir tiene que los términos «democrático» y «autoritario» deben ser entendidos aquí en una acepción puramente descriptiva, sin incluir en los mismos ningún juicio de valor (Lo advierto para evitar malos entendidos y juicios de intenciones malintencionados de que con ello estoy calificando a Robinson como «demócrata» y a los otros como «autoritarios»).

En todo caso, creo que estos planteamientos, tanto el de Robinson, como el de los partidarios de la prevención general positiva, pueden ser criticables en la medida en que no tienen en cuenta que muchas veces la concepción de justicia que tiene la población no sólo no es la misma que se deduce de las normas jurídicas, o de su aplicación, sino que además en muchos temas centrales para el Derecho penal (recuérdese sólo la polémica en Estados Unidos sobre la pena de muerte, o entre nosotros, en España, sobre la prisión perpetua, o en general sobre la punición del aborto, la legalización de las drogas, el uso de la energía nuclear, o el empleo de las células madres, etc) existen divisiones y serias discrepancias en amplios sectores de la sociedad de muchos países. ¿A qué «intuiciones de justicia» se refiere Robinson y a qué «confianza de los ciudadanos en la vigencia del derecho» se refieren los partidarios de la prevención general positiva? ¿A las que se predicán desde las distintas religiones? ¿A las más laicas de los partidos políticos? ¿De derechas, de izquierda, revolucionarios o verdes? ¿A las de las de las clases económicamente más poderosas? ¿A las de los desempleados, de los indignados, de los inmigrantes ilegales, «homeless», etc? ¿A la versión que de las mismas den los medios de comunicación afines o controlados por las respectivas fuerzas hegemónicas políticas, religiosas o económicas? ¿Se refiere sólo a las existentes en un país determinado, por ejemplo, en USA o en Alemania, o también a las de otros países de diverso y distinto nivel cultural, social o económico?

Ciertamente el mérito de esta obra radica sobre todo en que Robinson se esfuerza en fundamentar su teoría con datos empíricos que la avalan, y así, por ejemplo, señala, citando varios experimentos realizados en distintos sectores de la población americana, que la credibilidad moral al Derecho penal en la población no depende de una mayor dureza en su sistema punitivo, ni de sus potenciales efectos disuasorios o incapacitadores, sino de que se aplique a casos verdaderamente graves que realmente merecen una sanción penal. De ello deduce, por ejemplo, que se debe evitar desgastar el poder del Derecho penal criminalizando conductas que pueden ser adecuadamente sancionadas por el Derecho civil o administrativo, ya que, en su opinión, una sobrecriminalización conduce a la «generalización del desacato» y actitudes de rebeldía social frente al mismo (p. 211/223).

No estoy muy seguro de que ello sea así en todos los casos, ni siquiera en la sociedad norteamericana, que como demuestran el éxito electoral que han tendido en los últimos años las políticas de «tolerancia cero» llevadas a cabo en muchos de sus Estados, es bastante proclive a un incremento del rigor punitivo no sólo frente a los delitos graves, sino también frente a los no menos graves; pero, desde luego, me parece, en todo caso, un buen sistema para comprobar la eficacia del sistema penal y darle credibilidad a sus decisiones en su conjunto, intentar conocer el eco que tienen, acogida o rechazo, en las intuiciones de justicia de la población (siempre claro está que éstas se puedan llegar a conocer con una adecuada metodología empírica social, basada en encuestas, debates en los medios de comunicación, en el seno de los partidos políticos y de las instituciones más representativas de la opinión pública, etc).

Ello plantea otro problema con el que se enfrenta Robinson y que es fundamental para su teoría, ¿cómo se determinan las percepciones de la comunidad sobre el merecimiento? Como ya hemos señalado, Robinson, apoyándose en estudios empíricos realizados sobre la materia, considera que no es cierto que el endurecimiento del Derecho penal y su expansión coincidan con las intuiciones de justicia de la población, o con las ideas de disuasión o incapacitación. En todo caso, lo que finalmente, viene a proponer es que tanto en la elaboración de las leyes penales, como en los criterios de determinación de la pena en el caso individual, se tengan en cuenta los principios de la comunidad, lo que bien mirado no sólo es una buena propuesta, sino una propuesta coherente, siempre que se tengan en cuenta, a mi juicio (y me imagino que también en el de Robinson, aunque no lo afirme expresamente), los principios

morales y jurídicos (deontológicos, en la terminología que emplea Robinson), no sólo reconocidos por los filósofos y teóricos moralistas, sino también recogidos en las Declaraciones de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

La concepción de Robinson puede ser asumible, siempre que se sea consciente también de los peligros que encierra el merecimiento empírico cuando las llamadas «intuiciones de justicia» se confunden con lo que los nazis llamaban «sano sentimiento del pueblo», que provocaron en la Alemania de los años 30 las más grandes aberraciones jurídicas como las Leyes de Nuremberg y los Campos de Exterminio; o, con menor intensidad dramática, con un «populismo punitivo» demagógico como el que, sin ir más lejos, ha inspirado las últimas reformas del Código penal español (2003 y 2010) y parece que van a inspirar también las del 2012; unas reformas que, invocando precisamente lo que los partidos políticos mayoritarios (PP y PSOE o PSOE y PP, tanto monta) consideran la opinión más extendida en la sociedad española, se han movido en la línea de las dos políticas penales más reaccionarias preconizadas en los últimos años tanto desde la Criminología, como desde la Dogmática del Derecho penal, la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo.

En una sociedad en la que convergen distintos sistemas de valores e intereses contrapuestos, como es, por definición, toda sociedad pluralista (e incluso, si me apuran, multicultural), es difícil basar el Derecho penal en lo que Robinson llama merecimiento empírico, cuando precisamente la que la verificación empírica demuestra es que, al menos en relación con ciertos temas, las «intuiciones de justicia» entre los distintos sectores de la población son completamente divergentes (un buen ejemplo de estas discrepancias en la sociedad norteamericana se puede ver en temas generales como la punibilidad del aborto o la abolición de la pena de muerte, pero también en casos concretos como el de Rodney King, O.J. Simpson y tantos otros magníficamente analizados por George P. Fletcher en sus libros «En defensa propia» o «Las víctimas ante el Jurado»). De lo que se trata, en mi opinión, es de saber cuál es el modelo de sociedad que tenemos y luego constatar hasta qué punto el Derecho penal que tenemos está de acuerdo con ese modelo. En este amplio espacio que hay entre uno y otro ámbito es donde hay que buscar la convergencia entre los distintos criterios de distribución de la responsabilidad penal y de la pena y del merecimiento. Es evidente que la legitimación del Derecho penal no proviene del Derecho penal en sí mismo, sino del modelo social al que sirve. Como

he indicado en otro lugar (véase, por ejemplo, Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, Jerez 1985, reimpresión en Bogotá, 2000; o la exposición resumida en Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, Parte General, 8ª ed., Valencia 2010, p. 62/65), la función motivadora del Derecho penal, sólo puede comprenderse situando el sistema de distribución de la responsabilidad penal y de la pena en un contexto más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad. Dentro del control social, el sistema penal ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias más sutiles y eficaces. El sistema penal no crea nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de control del comportamiento humano. Es inimaginable un Derecho penal desconectado de las demás instancias de control social, como también lo es un sistema de control social que no fuera asegurado, en última instancia, por las normas del Derecho penal. El merecimiento empírico que propone Robinson es, pues, a mi juicio, una buena hipótesis de trabajo para comprobar hasta qué punto el sistema de distribución de la responsabilidad penal y de la pena coincide con las intuiciones de justicia existentes en la población, pero siempre que se tenga en cuenta que estas intuiciones de justicia dependen de muchas variables que van desde la edad, nivel social cultural, social y económico de las personas, el tipo de delito de que se trate, hasta los niveles de eficacia policial, las posibilidades de ser o no ser descubierto, etc; que, por tanto, no son fácilmente identificables ni asumibles como intuiciones generales o mayoritarias.

Nada de esto disminuye, por supuesto, lo más mínimo la validez de la propuesta de Robinson, quien es consciente de las limitaciones que tiene el «merecimiento empírico», por lo que finalmente, tras un capítulo IX dedicado a la Justicia restaurativa, del que aquí por razones de espacio ya no podemos ocuparnos, y otro (el X) dedicado a exponer los puntos fuerte y los débiles de los distintos principios, pasa a completar su propuesta con lo que él llama «principios alternativos híbridos» (capítulo XI), proponiendo para terminar (capítulo XII) una teoría práctica de la Justicia: un principio distributivo híbrido centrado en el merecimiento empírico. Naturalmente, Robinson es consciente no sólo de las limitaciones de su propuesta, sino también de las desviaciones que la misma puede tener en un mundo complejo en el que más que la Justicia se persigan con el Derecho penal otros intereses, de ahí que termine su excelente y sugerente monografía reconociendo en el último epígrafe (Los límites del principio

distributivo del Derecho penal), en la última página (286) que «instituciones no gubernamentales, como iglesias, grupos sociales, la familia en sentido amplio y los movimientos de reforma social, tengan un potencial equivalente e incluso superior a la hora de controlar el delito que cualquier cosa que el gobierno pueda hacer. El punto decisivo estriba en que sería un error apoyarse en los principios para la distribución de responsabilidad penal y pena como único medio por el cual puede controlarse el delito». Con lo que no se puede por menos que estar de acuerdo.

Francisco Muñoz Conde

2. Katrin STOLL, *Die Herstellung der Wahrheit, Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok* (La producción de la verdad, Proceso penal contra antiguos miembros de la Policía de seguridad del Distrito Bialystok), editorial Walter de Gruyter, Berlín 2012, 712 páginas.

La recuperación de la memoria histórica, sobre todo la de los hechos que en forma de asesinatos, crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio, etc, ocasionaron tanto daño a millones de seres humanos y sobre los que luego, por diversas razones, se corrió un tupido velo de encubrimiento e impunidad, se ha convertido últimamente, y no solo en Alemania, en una tarea que ocupa a historiadores y juristas; los unos buscando restablecer la verdad histórica; los otros intentado evitar que queden impunes los responsables que todavía viven, o al menos, a través de diversos procedimientos, que las víctimas o sus herederos reciban una compensación económica y moral por el daño sufrido. Ninguna de las dos tareas es fácil; por un lado, porque el tiempo que todo lo borra, no sólo ha hecho desaparecer físicamente a las víctimas, sino también a los autores, y muchas de las pruebas de los hechos que cometieron; y, por otro, porque aunque parezca mentira, todavía hay quienes están empeñados en que no se llegue a saber la verdad o por lo menos en que no se levante el manto de silencio e impunidad que durante décadas los ha cubierto, bien por un sentimiento de vergüenza respecto a lo que hicieron sus antecesores, bien porque temen que la verdad desfigure la versión de la Historia que oficialmente han venido contando, bien incluso porque creen de buena fe que sacar a relucir hechos que sucedieron hace ya mucho tiempo supone reabrir viejas heridas que, en su opinión, ya deberían estar cerradas y que nada se gana con volver a abrirlas.

Argumentos de esta índole, a favor y en contra de esta recuperación de la memoria histórica, se suscitan

cada vez que surge algún dato que pone de relieve algo que no se conocía, o que se conocía mal, porque se había ocultado o se había dado una versión del mismo completamente distinta de lo que realmente ocurrió. Cualquiera que sea la opinión que se pueda tener sobre la no prescripción de estos delitos, declarada en los textos que regulan el actual Derecho penal internacional, y sobre la aplicación retroactiva de esa no prescripción a los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de la misma, está claro que la Historia y sobre todo la Historia del Derecho contemporáneo tiene un amplio campo de investigación que, si bien no puede evitar la impunidad jurídica de los hechos que descubra, sí puede sacarlos a la luz, dejándolos expuestos, con toda contundencia, a la vista de todo el que quiera conocerlos y sacar de ellos sus propias consecuencias.

En esta tarea se destaca sobre todo la ingente tarea que está llevando a cabo el Profesor Thomas Vormbaum desde el Instituto de Juristische Zeitgeschichte en la FernUniversität de Hagen, en la República Federal de Alemania, no sólo con sus propias investigaciones y las llevadas a cabo por sus discípulos, sino también como director de las dos Revistas más importantes en la materia el *Jahrbuch* y el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, y de diversas Secciones, antes en la *Berliner Wissenschaftsverlag*, ahora en la *Walter de Gruyter*, en las que se vienen publicando en los últimos años magníficos trabajos de investigación sobre la materia. Uno de ellos es este de Katrin Stoll que seguidamente paso a comentar.

Esta extensa y documentada monografía que constituyó la tesis doctoral de su autora tiene como base el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld contra algunos miembros de la Policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de cien mil judíos que vivía en aquella zona a los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka, donde fueron asesinados. Además algunos de ellos fueron también acusados de haber cometido hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales, etc, tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia porque el día antes un padre de familia para evitar que se llevaran a su mujer vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el Ghetto de Bialystok en el verano de 1943, se ocultaron, o intentaron huir. El proceso terminó tras más de dos años de complicadas sesiones y búsqueda de material pro-

batorio con la aplicación de penas relativamente leves, entre cinco y nueve años de prisión, a algunos de los principales responsables de la deportación, considerándolos, siguiendo la teoría subjetiva de la participación entonces todavía dominante en la jurisprudencia alemana, cómplices, y dejando sin condenar, por falta de pruebas o porque se les consideró como meros homicidios y no asesinatos y se les aplicó la prescripción, lo que se llamaban «excesos» individuales cometidos antes de la deportación como los homicidios y otros abusos, malos tratos, etc cometidos contra la población judía.

Naturalmente, ya de entrada Katrin Stoll se plantea cómo era posible que hechos tan graves como los aquí relatados tuvieran una condena tan leve y que a los responsables de los mismo se les considerara como simples cómplices, cuando no incluso quedaran impunes. A exponer los argumentos en que se apoyaba esta construcción jurisprudencial dedica las páginas 105 a 125. Pero antes en una introducción verdaderamente ejemplar, excelente resumen de los temas que luego va a tratar ampliamente a lo largo de su monografía, relata con toda minuciosidad no sólo los datos principales de aquel proceso, sino también las dificultades que había entonces para poder enjuiciarlos correctamente en la República Federal de Alemania, donde se había extendido, y no sólo en amplios sectores de la población, sino también en las instituciones judiciales, la idea de que era mejor no remover el pasado (entonces un pasado de sólo veinte años), una cierta simpatía con los acusados (algunos de ellos integrados perfectamente en la nueva República, ocupando incluso cargos importantes en la Administración, en la Economía y en la Política de la República Federal de Alemania), o incluso la negación de que tales hechos hubieran ocurrido realmente, dando lugar a la denominada «mentira de Auschwitz», que luego se tipificó como delito. Obviamente, hubo también excepciones como la ejemplar actitud del Fiscal general del Estado de Hessen, Fritz Bauer, iniciando y llevando a cabo hasta sus últimas consecuencias un proceso contra los principales responsables de Auschwitz; o la de los esposos Just-Dahlman, denunciando la tesis jurisprudencial que consideraba mera complicidad la participación no sólo en los actos de deportación, transporte y custodia en los campos de concentración de millones de personas, sino incluso en los asesinatos, alegando que no actuaban con la voluntad de los autores, sino con la de meros cómplices, siguiendo las órdenes de sus superiores, con lo que en el fondo se venía a decir que eran meros instrumentos secundarios de las acciones mandadas por los verdade-

ros autores, Hitler y sus secuaces, que oportunamente ya había desaparecido o fallecido. Ciertamente ya para entonces (1962) había desarrollado Roxin su tesis de la autoría mediata sirviéndose de un aparato de poder, que incluía en el ámbito de la autoría no sólo a los principales responsables de la cúspide del aparato de poder nacionalsocialista, sino también a los cargos intermedios (Eichmann entre ellos) y naturalmente también a los autores directos de los asesinatos, pero, como es sabido, esa teoría no tuvo la menor repercusión en la jurisprudencia alemana hasta muchos años después, cuando el Bundesgerichtshof (en 1992) la aplicó por primera vez para condenar a la cúpula del aparato de poder de la antigua República Democrática Alemana por los homicidios cometidos por los Guardias fronterizos en el Muro de Berlín contra los que intentaban pasarse a la República Federal de Alemania. Katrin Stoll además de mencionar detalladamente todos los obstáculos y dificultades que había entonces para llevar a cabo un proceso como el de Bielefeld, hace en esta Introducción una exposición verdaderamente exhaustiva y ejemplar de la Historiografía existente en Alemania y fuera de Alemania sobre aquella época y de las fuentes y el material, documental y fonográfico, utilizados en su investigación.

En el capítulo II se ocupa de las distintas actitudes que se manifestaron en la persecución de los crímenes de los nazis tras la Segunda Guerra Mundial, desde los que, como Hannah Arendt y otros, consideraban que crímenes tan monstruosos y masivos se sustraían al enjuiciamiento jurídico, o la actitud de los Jueces alemanes, que con todas las excepciones, cuando tuvieron competencia para enjuiciarlos consideraron, por lo menos al principio, que con las normas vigentes en Alemania en el momento en que se cometieron los hechos no era posible enjuiciarlos o ya habían prescrito, y que en todo caso mostraron escasa voluntad de perseguirlos; pasando por los juicios llevados a cabo en las zonas ocupadas por las Potencias Aliadas vencedoras, o los Juicios de Nuremberg, que se fueron poco a poco debilitando hasta desaparecer por completo.

En el capítulo III se ocupa de los problemas de carácter jurídico material y procesal que se presentaron a la hora de enjuiciar en la República Federal Alemana los crímenes de los nazis, como, por ejemplo, el argumento de que no era posible considerar como delito lo que conforme al derecho vigente en el momento en que se cometieron los hechos eran perfectamente legales e incluso de obligado cumplimiento. Aquí se ocupa Soll de la discusión habida en los años sesenta en Alemania sobre si las órdenes que daba Hitler eran de

obligado cumplimiento, pero también de la aplicación retroactiva de los nuevos plazos de prescripción o no prescripción de los delitos cometidos en la época nacionalsocialista. También en este capítulo se ocupa del tema, ya antes mencionado, de por qué se consideraba por la jurisprudencia de aquella época a quienes habían colaborado directamente en la ejecución de miles de personas como meros cómplices y no como verdaderos autores; y de si era correcto llamar como testigos a los que realmente habían sido autores de los hechos que se estaban enjuiciando.

Tras estas cuestiones generales que igualmente surgieron en otros muchos juicios contra los nazis, se ocupa Katrin Stoll a partir del capítulo IV del objeto principal de su tesis: el proceso de Bielefeld. En el capítulo IV analiza la situación política y administrativa del Distrito de Bialystok tanto durante la época de su ocupación por las tropas soviéticas, como posteriormente por las alemanas. Como todas aquellas zonas ubicadas en los límites entre Polonia, Lituania y Bielorusia, tenía una población mayoritariamente polaca, en la que se incrustaban otras minorías que se habían ido ubicando allí, como judíos, ucranios o rusos blancos, en difícil y a veces conflictiva convivencia, que dio lugar a diversos Pogromos contra la población judía, que, como en otros países bálticos, fueron tolerados, cuando no fomentados por las tropas de ocupación alemana, sin tener que intervenir directamente en ellos. No obstante, la presencia de las tropas alemanas ha dado lugar a que a veces se les haya achacado algunos de éstos Pogromos a ellas y no a la población polaca que efectivamente los llevó a cabo. A este respecto, es muy ilustrativo el suceso conocido como la «masacre de Jedwadne», pueblo cercano a Varsovia, en el que el 10 de junio de 1941 fueron asesinados todos sus habitantes judíos, al menos unos quinientos incluyendo mujeres y niños, encerrados en un granero al que prendieron fuego sus vecinos polacos; suceso que hasta el 2001 fue atribuido a las tropas alemanas. En el drama teatral «Our class», de Tadeusz Slobodzianek, estrenado en Londres en el 2009 con gran éxito, se representa muy bien este trágico suceso. También la Sinagoga de Bialystok fue incendiada con centenares de judíos en su interior, pero en este caso directamente por las tropas alemanas. Los escritos que dirigía Heydrick a sus subordinados, que se reproducen en la tesis de Stoll (p. 189/190 de su monografía), son muy ilustrativos de la actitud de los dirigentes nazis respecto a este tipo de sucesos. También el penalista alemán Reinhardt Maurach relató en una intervención que tuvo en una Mesa redonda en el Instituto de Historia contemporánea de Munich en los

años cincuenta, cómo personalmente presencié entre el 28/29 junio 1941 uno de estos Pogromos en la capital lituana de Kaunas sin que el ejército alemán hiciera nada por impedirlo, al decir el Coronel que mandaba las tropas que tenían órdenes de «permanecer neutrales en asuntos internos» (hecho mencionado en el libro el libro de Helmut Krausnick, *Hitlers Einsatzgruppen, Die Truppen des Weltanschauungskrieges, 1938-1942*, 1981, p. 179, notas 310 y 313 del capítulo IV).

Durante toda esta época de la ocupación alemana de Bialystok es cuando se produjeron los hechos que dieron lugar al proceso que se llevó a cabo en Bielefeld veinticinco años más tarde, y que constituye el objeto central de la tesis de Stoll. En el capítulo V cuenta Stoll los orígenes de este proceso. A partir del proceso que se llevó a cabo a finales de los años cincuenta en Ulm contra algunos de los responsables de los «Einsatzgruppen», tropas de voluntarios alemanes dedicadas a la limpieza étnica en los países del Este europeo ocupados por los alemanes, se descubrieron graves delitos cometidos también por las tropas de ocupación y las SS en el Distrito de Bialystok, lo que dio lugar a que se abriera un proceso contra sus principales responsables, muchos de ellos perfectamente adaptados a la vida civil y desempeñando sin el menor problema profesiones liberales o cargos en la Administración. Uno de ellos fue un tal Dr. Zimmerman y otros miembros de la Policía de seguridad, contra los que se dirigió un primer proceso que terminó en sobreesimiento por muerte de algunos de los acusados o por falta de pruebas. Finalmente se llevó a cabo el proceso ante un Tribunal de Jurado en Bielefeld contra otros responsables de los sucesos de Bialystok, entre los que se encontraba como principal responsable Wilhelm Altenloh, doctor en Derecho por la Universidad de Erlangen a los veintitrés años y luego destacado dirigente de las SS. Después de la Guerra trabajó, sin ocultar su identidad, como representante de una empresa familiar, y tras haber pasado apenas un mes en prisión preventiva en 1965, fue condenado finalmente a ocho años de prisión, que nunca cumplió por estimar el tribunal que se encontraba mal de salud y no había peligro de fuga, imponiéndole una fianza de 50.000 marcos que luego fue elevada por un Tribunal superior a 100.000, con privación de pasaporte y del permiso de conducir: Altenloh murió finalmente en 1985.

El resto del capítulo V de la monografía de Stoll se dedica a la exposición pormenorizada de los detalles de este proceso, de las dificultades probatorias documentales, las declaraciones de los acusados y de los testigos, los informes de los abogados y de la acusación, de

la sentencia y de los fundamentos jurídicos de la misma, y de la sentencia del BGH ya en 1970 en el recurso que presentó Altenloh contra la sentencia de Bielefeld.

Es imposible dar en el corto espacio de esta recensión una detallada cuenta de los numerosos datos, documentos, transcripción de declaraciones completas (que se registraron en una cinta magnetofónica que Stoll pudo oír y transcribir directamente), informes de las partes, la sentencia, etc. La relación es exhaustiva y pormenorizada, pero al mismo tiempo apasionante porque consigue transmitir en todo su dramatismo lo que ocurrió en este proceso e indirectamente reproducir los hechos por los que eran juzgados los acusados. A pesar de las exculpaciones que continuamente alegan en su defensa, del tipo «yo no estaba allí», «no participé en tales acciones» o «lo hice en contra de mi voluntad, cumpliendo órdenes», etc, en las Actas del proceso y en la reproducción y comentarios que hace Stoll de las mismas se refleja la crueldad, el sadismo, la brutalidad y la inhumanidad con la que destacados miembros del aparato de poder nacionalsocialista, y especialmente de la Policía de seguridad y las SS, algunos de ellos cualificados profesionales, doctores en derecho, etc, actuaron contra la población judía en los lugares del Este europeo ocupados y administrados por ellos durante la Segunda Guerra Mundial. Ante la magnitud del exterminio, sorprende mucho la benignidad de las penas aplicadas a los condenados y mucho más que éstos ni siquiera tuvieran que cumplirlas. Pero por más que esto pueda parecer escandaloso, no se puede al menos reprochar al Tribunal de Bielefeld que no hubiera llevado a cabo, a pesar de las dificultades que tuvo para ello, una exhaustiva determinación de los hechos que quedaron claramente reflejados en las Actas del proceso y en los hechos probados que establece la sentencia, que ha posibilitado luego que se haya podido realizar un trabajo de investigación tan excelente como el que ha llevado a cabo Katrin Stoll.

Pero la monografía de Stoll no se agota con esta exhaustiva exposición de lo que fue el Juicio de Bielefeld, sino que añade un capítulo VI, a mi juicio, tan interesante o más que los anteriores, en el que hace un análisis de este proceso desde el punto de vista lingüístico (Stoll maneja también las fuentes en lengua polaca), de semiótica jurídica, de las dificultades de comunicación entre los acusados y el tribunal, del comportamiento y de la forma de hablar de los acusados, de los testigos, de las víctimas, incluso de la interpretación de la realidad que hace el tribunal en su sentencia y del argumento empleado para fundamentar que los acusados actuaron cumpliendo órdenes y

sin voluntad de realizar lo que realizaron. Especialmente impresionante es en este sentido la descripción que hace de cómo se determina en el juicio a través los interrogatorios de los testigos y acusados el llamado «atentado del ácido», en el que un hombre judío arrojó ácido corrosivo a la cara de un oficial alemán cuando éste iba a detener a su esposa, lo que motivó que al día siguiente cien personas, hombre, mujeres y niños judíos, fueran fusilados como represalia por las tropas alemanas (p. 590 a 653).

No deja de ser sorprendente que ante la magnitud de los hechos que se estaban juzgando en aquel proceso la prensa alemana de aquella época apenas diera noticia y que la opinión pública pasara olímpicamente del mismo, igual que sucede todavía hoy cuando, ya no tanto en Alemania, sino en otros países en los que ocurrieron hechos similares se pretende ignorar, cuando no hacer callar la boca directamente a quienes con valor, paciencia y conciencia histórica pretenden sacar a la luz sucesos tan terribles como los que motivaron el juicio de Bielefeld. Actualmente, las posibilidades de realizar una investigación de este tipo por la vía de un proceso penal son cada vez más lejanas e incluso, en lo que se refiere a hechos que ocurrieron hace ya más de sesenta o setenta años, prácticamente imposibles, pero siempre quedará la investigación histórica, sobre todo cuando la misma alcanza las cotas de excelencia y exhaustividad que tiene esta impresionante monografía de Katrin Stoll, ante la que no cabe si no quitarse el sombrero como muestra de admiración, respeto y agradecimiento.

Francisco Muñoz Conde

3. *Moderne italienische Strafrechtsdenker (Modernos pensadores italianos del Derecho penal)*, Ettore Dezza, Sergio Seminara, Thomas Vormbaum (editores), editorial Springer, Berlín-Heidelberg 2012, 333 páginas.

La importancia de la Ciencia penal italiana en la conformación del moderno Derecho penal desde los tiempos de la Ilustración hasta nuestros días es innegable, y en ciertos momentos ha sido incluso pionera en muchas de las grandes teorizaciones del Derecho penal, cuyos cimientos sentó el ilustre Beccaría con su famoso opúsculo «De los delitos y las penas» que supuso una auténtica renovación del pensamiento penal frente al Derecho penal de las Monarquías absolutas; por no hablar del otro gran pensador Gaetano Filangieri, quien con su Ciencia de la Legislación ejerció una enorme influencia en la renovación de las leyes penales de su época y en años posteriores.

Y si del siglo XVIII pasamos al XIX, ahí aparecen ya desde sus inicios los nombres de Cremani, Romagnosi y Carmignani, hasta llegar a la monumental obra de Francesco Carrara, quien a mediados de este siglo compiló en su grandioso Programa del Curso de Derecho criminal (1860-1870) el saber jurídico penal de su época, tanto en la Parte General, como en la Especial sobre la base de un entendimiento liberal y iusnaturalista que constituyó lo que luego se ha dado en llamar la Escuela clásica del Derecho penal.

La irrupción del Positivismo criminológico a partir de la fundamental obra del médico legista Cesare Lombroso, con su «L'uomo delinquente» y sus teorías sobre el «delincuente nato», no anuló las aportaciones de la Escuela clásica, pero sí desencadenó una fértil polémica sobre los temas centrales del Derecho penal: la responsabilidad individual y el sentido y fin de la pena, atemperada después por algunos de sus discípulos y seguidores, Emilio Ferri, Rafael Garófalo y Eugenio Florian, ya a comienzos del siglo XX.

Aunque sólo fuera por esto, la Ciencia penal italiana merece un lugar de honor en la moderna Ciencia del Derecho penal. No es, por tanto, extraño que el gran historiador del Derecho penal contemporáneo y gran conocedor de la historia y la literatura italiana, Thomas Vormbaum, haya compilado y traducido al alemán, en unión de otros colegas italianos, Ettore Dezza y Sergio Seminara, una serie de textos de estos y otros autores italianos a los que ahora se hará referencia, añadiendo además unas breves biografías y referencias a sus obras más destacadas. Con ello se pone de relieve, también para el público alemán, la importancia que ha tenido, no sólo en la venerable época del Imperio Romano y en la reelaboración del Derecho romano y común elaborado en la Edad Media por la Escuela de Bologna, la Ciencia jurídica italiana en la configuración del moderno Derecho penal europeo. Ciertamente que el esplendor de la Ciencia jurídica penal italiana decayó notablemente a partir del siglo XX, en parte por los embates que sufrió por parte del positivismo criminológico, a cuyo principal propulsor, Cesare Lombroso, no se menciona por cierto en este libro (sin duda no era jurista, pero su repercusión en el mundo del Derecho penal fue innegable), y en parte también por su apego, como reacción frente al positivismo criminológico, a un método técnico jurídico que no alcanzó nunca los niveles de elaboración teórica de la Dogmática jurídica penal alemana de aquella época. A ello contribuyó también la connivencia o por lo menos acrítica actitud de algunos de sus principales representantes con el régimen político fascista de Mussolini, como fue el caso princi-

palmente de Arturo Rocco, principal inspirador del Código penal italiano de 1930 (aún vigente, aunque con modificaciones), de Vincenzo Manzini, o de Giuseppe Maggiore, destacado penalista antisemita que defendió las leyes anti hebreas del régimen mussoliniano, una de cuyas víctimas fue el Profesor de la Universidad de Módena, Marcello Finzi, quien fue expulsado de dicha Universidad y luego encontró refugio en la de Córdoba (Argentina). De todos ellos y de algunos de sus textos se hace una breve recopilación en este libro.

En realidad, pocos fueron los penalistas italianos de esa época que no tuvieron relaciones con el régimen fascista, lo que demuestra, como ya se ha podido ver en recientes investigaciones, que este régimen, como tantos otros autoritarios, se pudo mantener, entre otras cosas, gracias a la legitimación teórica que le dieron afamados juristas y no pocos penalistas, quienes además le ofrecieron un arsenal teórico, mezcla de positivismo criminológico y de un tecnicismo jurídico formalista, para crear un Derecho penal antidemocrático y autoritario, e incluso en algún caso con tendencias racistas. De esto no se libraron otros penalistas italianos, igualmente tratados en este libro, como Filippo Grisogni, cuya polémica con Mezger en torno a la configuración del Derecho penal nacionalsocialista, dio lugar a una curiosa y poco conocida monografía, en la que ambos autores polemizaron sobre cuál era el planteamiento teórico que mejor se adaptaba a la concepción nacionalsocialista del Derecho penal.

Más alejados de este régimen, o por lo menos de sus planteamientos más autoritarios, destacan tras la Segunda Guerra Mundial las obras de Giuseppe Bettiol, Francesco Antolisei, Pietro Nuvolone y Giacomo Delitala, quienes cada uno en su estilo renovaron el pensamiento jurídico penal italiano en una línea más parecida (sobre todo en el caso de Bettiol) a la de la dogmática penal alemana, que aún perdura en muchos de sus actuales discípulos, muchos de los cuales se han formado directamente en Alemania.

Entre los penalistas posteriores a la Segunda Guerra Mundial destaca sobre todo Giuseppe Vasalli, fallecido en el 2009, quien además de luchador antifascista, fue luego un importante político, Diputado, Senador, Ministro de Justicia y Presidente del Tribunal Constitucional. Su obra sobre Gustav Radbruch y su fórmula para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por el régimen nazi es fundamental en esta materia y ha merecido los honores de ser traducida al alemán por Thomas Vormbaum.

Una vez más hay que agradecer al Profesor Vormbaum el esfuerzo realizado por dar a conocer al público

alemán las personas y obras que más destacadamente han contribuido, no sólo a la configuración del Derecho penal italiano, sino también europeo, y especialmente del español que durante muchos años no tuvo otro referente internacional, no sólo por la proximidad del idioma, sino también por ciertas afinidades ideológicas en la época de la dictadura franquista, que las construcciones teóricas realizadas los penalistas italianos. Ojalá que pronto podamos ver también en alemán un libro similar a esto que comento dedicado a los penalistas españoles y latinoamericanos más relevantes, con una selección de algunos de sus textos más representativos y una breve biografía de los mismos, como la que se hace en esta obra con los pensadores penalistas italianos.

Francisco Muñoz Conde

4. *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2011, volumen 12, Thomas Vormbaum (editor), editorial De Gruyter, Berlín 2012; *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, editorial De Gruyter, 2012, Cuaderno 1.

Con la puntualidad acostumbrada han aparecido en el primer trimestre del 2012 los correspondientes números de estas dos revistas dedicadas a la Historia contemporánea del Derecho, el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, de carácter anual y su hermano menor el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, de carácter cuatrimestral, ambas editadas por el Catedrático de Derecho penal de la FernUniversität de Hagen, Thomas Vormbaum, y publicadas en la editorial De Gruyter, de Berlín. Igual que en los números anteriores, se sigue en la línea de exponer no sólo la historia del Derecho, y especialmente del Derecho penal alemán, sino también la de otros países europeos, sobre todo Italia, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

En este volumen del *Jahrbuch* se contiene una primera sección con artículos generales de Giovannangelo De Francesco sobre la codificación napolitana de 1808, de Elio Tavilla sobre el Código penal del Ducado de Módena de 1849, de Hannes Ludyga sobre la intervención en la crisis con leyes de arrendamiento en la República de Weimar, y de Kurt Schilde sobre los delitos cometidos por los nazis en noviembre de 1938. La sección dedicada a la legislación penal alemana moderna contiene dos artículos, paradójicamente de dos autores italianos, del fallecido Mario A. Cattaneo sobre Feuerbach y el Código penal bávaro de 1813, y de Sergio Vinciguerra sobre el mismo Código bávaro. En la sección biográfica hay junto a dos artículos de dos Profesores italianos, uno de Vanda Fiorillo sobre Wilhelm Rehberg, y otro de Francesco Palazzo sobre Giuliano Vasalli, otros de Elio Tavilla,

Massimo Donnini y Francisco Muñoz Conde dedicados al penalista Marcello Finzi, expulsado de la Universidad de Módena en 1938 por aplicación de la legislación anti hebrea, quien luego en el exilio fue profesor de la Universidad de Córdoba (Argentina). En la sección sobre política del derecho y Justicia hay un artículo de Marcelo A. Sancinetti sobre el pensamiento de la Ilustración y el «principio de dañosidad», y otro de Gerhard Deter sobre el Proyecto de modificación de la Constitución alemana. La sección de Derecho en el Arte, Arte en el Derecho, tiene un artículo de Marta Muñoz-Aunión, *Inter arma silent leges*, sobre la propaganda mediática alemana y la intervención nacionalsocialista dirigida por Goebbels en la Guerra Civil española; y otros de Klaus Lüderssen, Jochen Hörish, Peter Kuon y Dieter Simon sobre la obra de Jonathan Littell «Los bien intencionados»; Hörish se ocupa también de la narración de Schlink «El lector»; y Peter Kuon además de las obras de Hanna Arendt «Eichmann en Jerusalem», y de Albert Camus «La caída».

En el cuaderno del *Journal* se contienen un artículo de Nicolas Bertrand sobre la regulación del trabajo en los campos de concentración nazis, y el Prólogo de los editores al libro Homenaje a Wolfgang Schild con motivo de su 65 aniversario. En el Forum hay una crónica del historiador americano de la Criminología alemana Richard F. Wetzel sobre el Congreso habido en Washington del 10 al 12 de marzo del 2011 con el tema «Crimen y castigo en Europa entre 1870 y 1990»; y artículos de Christiane Prause sobre Derecho y juristas tras la literatura y el arte, de Jörg Arnold sobre Werner Holfort, abogado y político, y Christoph Luther sobre nacionalsocialismo y derecho. En la sección de comentarios bibliográficos hay una doce de recensiones a libros sobre diversos temas relacionados con la historia jurídica contemporánea.

Francisco Muñoz Conde

5. WANG, Shizhou, *Xiandai Xinfu Xue (Zonglun)*, (Un estudio introductorio al Derecho penal de nuestro tiempo); Beijing University Press, Pekín, 2011, 325 páginas.

El presente libro, cuyo título puede ser traducido como «Estudio introductorio al Derecho penal moderno» o también como «Introducción al Derecho penal de hoy», aunque en la contraportada se propone el mucho más genérico en inglés de: *Modern Criminal Law* (General Part), es, más que un Manual en el estricto sentido de la palabra, un ensayo sobre distintas materias y cuestiones relacionadas con la Parte General del Derecho penal. Su autor, el Profesor Shizhou (nombre pro-

pio) WANG (apellido), catedrático de Derecho penal en la Universidad de Pekín, pertenece a una generación de jóvenes penalistas chinos que empezó sus estudios recién terminada la Revolución Cultural en la Universidad de Pekín, continuándolos en la Berkley Law School en California, en la School of Economics de Londres y finalmente, como becario Humboldt, en el Instituto Max Plank de Derecho penal internacional y comparado de Freiburg im Breisgau, en la época en que lo regía el Prof. Jescheck, y en la Universidad de Augsburg, bajo la dirección del Profesor Joachim Herrman. Además de una copiosa e interesante obra publicada principalmente en China y en chino, el Profesor Wang, que escribe y habla fluidamente alemán e inglés, ha traducido al chino el Tratado de Claus Roxin, los Conceptos básicos de Derecho penal de George Fletcher y el Tratado de Derecho penal internacional de Gerhard Werle. No es, por tanto, extraño que un grupo de penalistas que conocemos bien, al menos parte de su obra publicada en inglés, español o alemán, su obra y su ingente labor como traductor del alemán y el inglés al chino, lo propusiéramos para el Premio de Investigación de la Fundación alemana Alexander von Humboldt, que se lo concedió a finales del 2009. Con tal motivo el Prof. Wang pasó en el 2010 un largo período en diversas Instituciones académicas y de investigación alemanas (Instituto Max Plank, Universidad Humboldt de Berlín) escribiendo durante ese tiempo este interesante ensayo, que ahora aparece en chino en la Beijing University Press, y que seguidamente se recensiona, aunque, por obvias limitaciones del que esto escribe en el conocimiento del idioma chino, esta recensión no puede ser más que una mera descripción de su contenido con algunos breves comentarios sobre el mismo. Ojalá el Prof. Wang, igual que ha hecho con otras obras suyas, publique pronto al menos una versión inglesa que nos permita conocer con mayor profundidad esta interesante obra en la que se expone muy bien la problemática de la Parte General del Derecho penal chino en la actualidad.

En este libro el Profesor Wang ofrece una exposición de la Parte General del Derecho penal vigente en China en estos momentos, conforme a los patrones sistemáticos más usuales en los países occidentales. Tras un Prólogo en el que expone las metas (sus sueños, dice literalmente) que pretende con el libro, siguiendo el orden que se encuentra en cualquier Manual de Parte General, comienza el capítulo 1 con una serie de consideraciones sobre el concepto, método y fuentes del Derecho penal. En el capítulo 2 se ocupa de la legitimidad de la pena, exponiendo las diversas teorías existentes sobre la misma: absolutas, relativas y de la unión, y de su

repercusión en el Derecho penal chino. En el capítulo 3 trata del principio de legalidad y de sus consecuencias; prohibición de analogía, de derecho consuetudinario, de retroactividad y de leyes penales indeterminadas. En el capítulo 4 expone las distintas formas de interpretación y sus límites; y el capítulo 5 los límites espaciales y temporales de vigencia de la ley penal y algunas inmunidades estatutarias.

Muy interesantes son los capítulos dedicados a la Teoría del Delito, al concepto de delito (capítulo 6) y a la evolución y desarrollo de las diversas teorías del mismo (capítulo 7), en el que no faltan referencias a las teorías causal, final y funcional.

El capítulo 8 está dedicado al elemento objetivo del delito en sus diversos integrantes; acción, omisión, relación de causalidad e imputación objetiva; y el capítulo 9 al elemento subjetivo: dolo, imprudencia y error.

Siguiendo una sistemática usual en algunos manuales de Parte General, dedica el capítulo 11 al sujeto del delito, y a las circunstancias eximentes de su responsabilidad personal: minoría de edad, enfermedad mental, intoxicación. También se ocupa aquí de la responsabilidad penal de los entes colectivos (danwei), incluyendo las personas jurídicas, algo que ya viene acogido en el Código penal chino desde hace tiempo.

En el capítulo 11 se exponen las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad, desde el punto de vista de las causas de exclusión de las mismas, distinguiéndolas, siguiendo la sistemática elaborada por la dogmática penal alemana y parcialmente acogida en algunos autores anglosajones, entre causas de justificación (legítima defensa y estado de necesidad) y de exculpación.

El capítulo 12 trata de la tentativa, distinguiendo los actos preparatorios y los diversos grados de ejecución del delito, y el desistimiento voluntario de consumar el delito. Y el capítulo 13 de la complicidad, es decir, de las diversas formas de participación en la realización de un delito, analizando las diversas teorías objetiva subjetiva y del dominio del hecho.

Una parte importante del libro son los capítulos dedicados a la pena y a sus diversas clases, destacando en el capítulo 15 sobre todo la exposición de las penas privativas de libertad (incluyendo la prisión perpetua) y la de muerte. En relación con esta última se expone el debate que ya se ha desencadenado en China en torno a su abolición. Wang se muestra decididamente abolicionista, pero reconoce que en estos momentos la abolición depende de una serie de consideraciones políticas y de una realidad sociológica todavía bastante alejada de los patrones humanitarios que, al menos teóricamente, dominan la discusión doctrinal en los países occidentales

(y no en todos, véase, por ejemplo, la situación del problema en los Estados Unidos de Méjico). En todo caso, la reducción progresiva de los supuestos en los que todavía es aplicable permite abrigo alguna esperanza de que paulatinamente vaya desapareciendo (para más detalles sobre este problema en China puede verse los artículos de Wang publicados en las Actas del Congreso que sobre la Pena de muerte organizó el Instituto de Derecho penal europeo, dirigido por Luis Arroyo Zapatero, y el *Festschrift für Claus Roxin* en su ochenta aniversario, tomo 2, 2011, p. 1587 ss.). También en este capítulo se ocupa Wang de otras penas (multa, inhabilitaciones, comiso) y del sistema de determinación de la pena, de las circunstancias agravantes y atenuantes, y especialmente del régimen agravatorio para los casos de reincidencia.

Los capítulos 16 y 17 se dedican respectivamente a las reglas del concurso y a las alternativas, sustitución y reducción de la pena privativa de libertad.

Con esta breve descripción del contenido de este obra, se puede ver hasta que punto, salvando las dificultades lingüísticas, se puede conseguir hoy, al menos a nivel teórico, una exposición del Derecho penal, que aunque se base principalmente en los sistemas del Derecho penal del sistema del Common Law y del sistema continental europeo dominantes en el mundo occidental, puede tener también en cuenta las particularidades del Derecho penal nacional de cada país, y, por encima de los distintos regímenes políticos y circunstancias de cada país, posibilitar el entendimiento entre los diversos cultivadores del Derecho penal a nivel mundial. Por lo que al autor de esta obra se refiere se refiere, sólo puedo decir que en mis frecuentes y prolongadas estancias en distintas Universidades chinas, y especialmente en la más famosa y conocida de todas, la Universidad de Pekín, he contado siempre con la ayuda eficaz y el apoyo constante del Profesor Shizhou Wang, en cuyos seminarios de doctorado en la Universidad de Pekín he intervenido dictando conferencias y manteniendo discusiones abiertas con alumnos y colegas que, desde luego, no sólo han enriquecido mis conocimientos del Derecho penal chino, sino también de las peculiaridades de su idioma y de su cultura milenaria.

Francisco Muñoz Conde

6. Un proceso penal europeo para el Siglo XXI. Mar Jimeno Bulnes. Edit. Civitas, 2011, 182 páginas. ISBN: 978-84-470-3629-5.

El libro de JIMENO BULNES «Un proceso europeo para el Siglo XXII», puede ser situado en la tendencia

conocida hoy en día como de integración del Ordenamiento jurídico europeo en los distintos Ordenamientos jurídicos estatales. Nos encontramos ante una obra científica de gran actualidad y que obedece, en palabras de la propia autora al creciente fenómeno de la europeización en que se encuentran sumergidas todas las materias, jurídicas y no jurídicas, constituyendo la obra una contribución fundamental a la controversia sobre Derecho penal y procesal europeo o Derecho penal y procesal «europeizado». Además, llama la atención la numerosa bibliografía que proporciona la autora lo que demuestra el gran dominio que posee sobre el tema, con una visión de cada uno de los apartados que conforman la obra exhaustiva y profunda.

Aunque actualmente no se pueda hablar de un auténtico Derecho procesal europeo, a juicio de la autora, ello no quiere decir que carezca de sentido su estudio, ya sea desde una perspectiva científica, como académica y judicial, en especial a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007 y la creación del llamado «espacio de libertad, seguridad y justicia» (en adelante, ELSJ) que por primera vez procede a la regulación conjunta del ámbito procesal civil y procesal penal.

Comienza JIMENO BULNES por distinguir dos tipos de procesos europeos, externo e interno. En cuanto al primero de ellos —externo— aparece conformado por la propia institución judicial europea y que a partir de la reforma emprendida por el Tratado de Lisboa es desarrollado en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e integrado a su vez por las distintas instancias judiciales, así el Tribunal de Justicia, el tribunal General y los tribunales especializados, ejercitando todos ellos jurisdicción en España por la vía del artículo 93 de la Constitución Española. Ahora bien, JIMENO BULNES enmarca la obra en el denominado proceso europeo interno al insistir en la necesidad de proceder al examen y estudio del devenir de este nuevo proceso europeo. A este respecto, invoca la inagotable fuente normativa europea que extiende su ámbito de actuación tanto en el proceso civil como en el penal lo cual, unido a la obligación de adaptación por parte del legislador español y órganos jurisdiccionales españoles a los dictados imperativos de la Unión Europea en la persecución del mencionado espacio de libertad, seguridad y justicia, justifica el interés que esta adaptación del nuevo proceso europeo interno despliega en sede estatal (págs. 22-23).

La monografía discurre en lo que sin duda son los dos bloques centrales de la obra: el ámbito procesal civil y ámbito procesal penal, exponiendo la autora el

presente y futuro de ambos ámbitos junto a los principios jurídicos aplicables en materia de espacio judicial europeo así como los instrumentos orgánicos y procesales existentes en cada ámbito. No prescinde JIMENO BULNES de mencionar las múltiples cuestiones que, a lo largo de la exposición se suscitan con referencias específicas a los distintos retos a afrontar en cada caso.

La investigación comienza con un ámbito general (Capítulo 2, págs. 26 y ss.) mostrando la autora el marco jurídico legal del proceso europeo tanto desde su perspectiva legal como los principios jurídicos aplicables. En primer lugar, procede a exponer las importantes modificaciones introducidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (en adelante, TFUE) en el ámbito procesal: por una parte, la regulación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, al dedicar, además de la mención contenida en el art. 3, el Título V de la Tercera Parte (arts. 67 a 89 TFUE) y, por otra, la regulación conjunta del ámbito procesal civil y penal, esto es, del llamado «espacio judicial europeo» con inclusión de las políticas de cooperación judicial en materia civil y cooperación judicial en materia penal.

La importancia de ambas modificaciones queda reflejada por los resultados a los que lleva, entre otros el abandono de las decisiones marco que como consecuencia de su aneja al tercer pilar, venían siendo aplicadas en el ámbito procesal penal. De forma que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la regulación procesal se realiza mediante reglamentos, directivas, siendo la «ruta legislativa» de origen europeo única para el proceso civil y penal, ocupando ambas idénticas fuentes normativas y procedimientos legislativos en el ámbito de la Unión Europea. A su vez, en lo que respecta al procedimiento legislativo ordinario, se debe señalar la extensión del denominado «método comunitario» con el empleo de la fórmula de codecisión junto con la aplicación generalizada de la regla de la mayoría cualificada en sustitución de la regla de la unanimidad (págs. 27-28). Para JIMENO BULNES, todas estas razones justifican suficiente y necesariamente la opción de un análisis conjunto del Derecho procesal europeo en sus dos modalidades, penal y civil, además de insistir en ser ésta la línea de actuación de las propias instituciones comunitarias y/o europeas.

En segundo lugar, dedica la autora una especial atención al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, base jurídica del denominado modelo de cooperación en la creación de un Derecho procesal supranacional en el ámbito de la UE como alternativa al modelo de armonización/integración. Destaca la autora

la insuficiencia del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales —más específicamente, de reconocimiento automático de resoluciones judiciales civiles y penales— exponiendo las dificultades a las que se enfrenta no tanto en el ámbito civil pero si en el derecho penal material como procesal. Por ello, recalca JIMENO BULNES la necesidad de emprender una armonización de los Ordenamientos jurídicos penales sustantivos y procesales como presupuesto previo para proceder a un reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

De esta forma, para la autora el principio de reconocimiento mutuo no ha de ser sino complemento a la predicada armonización/aproximación dando paso al modelo de integración recogido en el TFUE. Reitera JIMENO BULNES las ventajas de la aproximación frente a la armonización, perfectamente identificadas en la obra, pues si bien ambas exigen la convergencia en un objetivo común desde Ordenamientos jurídicos nacionales diversos, sin embargo la aproximación permite conservar a cada uno de los Ordenamientos su singularidad; por otra parte, la aproximación legislativa contribuye a incrementar la confianza mutua en los diversos sistemas jurídicos nacionales y, en concreto, respecto del ajeno cuya comisión rogatoria se ejecuta, la cual es necesaria para poner en práctica dicha cooperación judicial entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea. A su juicio, esta aproximación va a permitir la construcción de un modelo más completo como es el de integración europea, modelo que tal y como la propia autora argumenta, se traduce en la adopción de instrumentos procesales no sólo para la consecución de una cooperación jurídica internacional sino también en defensa de la exigencia de principios y garantías procesales comunes en el seno de la Unión Europea. En este punto, concluye JIMENO BULNES que el principio de reconocimiento mutuo no es suficiente para lograr un espacio judicial europeo siendo necesario añadir un segundo principio, el de aproximación legislativa. Ambos principios aparecen expresados por primera vez en el art. 67.3 TFUE en el ámbito procesal penal si bien dando primacía al principio de reconocimiento mutuo considerado todavía hoy en día principio rector en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

En tercer lugar, procede la autora a presentar los instrumentos útiles en la práctica judicial diaria, clasificando los mismos en instrumentos orgánicos y telemáticos. A su vez, procede a la división de los instrumentos orgánicos en dos ámbitos: el de la Unión Europea y en el de Iberoamérica. Entre los instrumentos orgánicos en

el ámbito de la Unión Europea, destaca tres figuras, con muy distinta configuración y carácter: los magistrados de enlace, redes judiciales europeas (civil y penal) y Eurojust. En este contexto, subraya la autora la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE), la Red de Fiscales de Cooperación Internacional y la Red Española de Secretarios Judiciales en Cooperación Jurídica Internacional (RESEJ), como instrumentos orgánicos con sede en España.

También la autora apunta a la creación de estructuras en red similares a los modelos europeo y español expuestos en el ámbito iberoamericano, figurando en la actualidad para el doble ámbito de magistratura y fiscalía, la Red Iberoamericana de Asistencia Judicial en materia civil y penal (Iber-RED) y la Red de Asistencia legal Internacional en materia penal entre Ministerios Públicos.

Este segundo Capítulo concluye con los retos a afrontar, entre los que la propia autora opta por el de la formación judicial en el ámbito general u orgánico. En primer lugar, alude a la necesaria formación de los operadores jurídicos que hacen uso de la cooperación judicial y, en su caso, de la aplicación de las normas procesales europeas. Por otra, sugiere que esta necesidad de proceder a esta formación judicial ya ha sido indicado desde las propias instituciones comunitarias como forma indiscutible de consolidar la confianza mutua entre los Estados miembros, presupuesto a su vez del principio de reconocimiento mutuo.

El Capítulo tercero analiza el ámbito procesal civil advirtiendo ya la propia autora antes del desarrollo de su contenido la inferioridad de condiciones del Derecho procesal civil europeo en relación a su equivalente penal, lo cual es observado en la propia regulación europea y en el TFUE al dedicar un único precepto bajo la rúbrica «cooperación judicial en materia civil», artículo 81. Así, en dicho precepto con la mención a los principios de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales y de aproximación legislativa como base jurídica del mismo, cita la autora una serie de medidas y propuestas legislativas sugerentes procedentes de las instituciones comunitarias y dirigidas a un objetivo común, a saber, la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el marco procesal civil a partir de la mención materializada en el propio TFUE, artículo 67.3.

La autora realiza una defensa del proceso civil europeo ya en construcción, calificado por la misma como de dinámico y progresivo, caracteres que se vislumbran en el propio programa de Estocolmo y corroborado a su vez por la vigencia de distintos instrumentos nor-

mativos actualmente en vigor y de aplicación judicial por los distintos juzgados y tribunales de los Estados miembros. En este contexto, indica JIMENO BULNES otras propuestas legislativas desde la perspectiva de la cooperación judicial civil o en mayor medida de la aproximación legislativa, con una somera referencia a los instrumentos procesales actualmente en aplicación en el ámbito procesal civil para analizar el estado de la cuestión a este respecto.

A su vez, la autora realiza un breve comentario de las propuestas legislativas existentes hasta el momento, indicando que se encuentran en negociación diversos instrumentos, especialmente en relación el Derecho de familia. Si bien, JIMENO BULNES dedica una especial e interesante exposición y análisis a una de las propuestas más prometedoras, la llamada orden europea de embargo de activos bancarios, instrumento procesal que pretende colmar una laguna legal en el cobro transfronterizo de deudas que hasta ahora no han resuelto los instrumentos en vigor. Se trata, informa la autora, de una medida cautelar de ámbito europeo con validez y eficacia en todos los ordenamientos jurídicos nacionales, dentro de la política emprendida por las instituciones europeas en materia de armonización o ahora aproximación de legislaciones estatales en cumplimiento de las nuevas directrices establecidas por el Tratado de Lisboa.

En cuanto a su ámbito de aplicación, inicialmente la misma sólo contempla, como su nombre indica, el embargo de cuentas bancarias. No obstante, se apunta la proposición por parte del Comité económico y social de extender dicho embargo preventivo europeo a otros bienes del deudor susceptibles igualmente de tal medida cautelar, en concreto señala la autora, «bienes inmuebles no inscritos y a los derechos de créditos del deudor.

Por último, JIMENO BULNES aborda lo que, a su juicio, constituye un «nuevo reto» en el actual panorama procesal de la UE, reservando su exposición en este Capítulo al entender que la mayor aplicación de la medida y/o política tiene lugar en el ámbito procesal civil.

En primer lugar, la autora alude a la creación de lo que se llama «justicia en Red», al hilo de las acciones que el programa de Estocolmo puesto en marcha por el Consejo de Europa incluye como destinada a «facilitar el acceso a la justicia». Aunque esta justicia en red europea se encuentra ya en vigor en la actualidad bajo la forma de un portal jurídico único en Internet disponible en 22 idiomas oficiales de la UE con la denominación e-Justicie (en español «e-justicia»). La primera referencia a esta iniciativa se realiza en la comunicación de la

Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité económico y social europeo, indicando un triple objetivo del mismo: mejorar el acceso a la Justicia, la cooperación entre autoridades judiciales y la eficacia de la propia justicia, además de ofrecer una definición de lo que ha de entenderse por e-Justicia en red en el ámbito europeo.

A su vez, la autora señala que la propia Comisión europea incorpora como anexo a su documento una propuesta de plan de acción, «Plan de Acción plurianual 2009-2013», relativo a la justicia en red europea que, si bien mantiene el mismo objetivo es enunciado bajo la forma de tres funciones: a) el acceso a toda la información relativa a justicia consistente en legislación y jurisprudencia tanto en la UE como en los Estados miembros a través de enlaces con bases de datos propias de las instituciones europeas o privadas; b) la denominada «desmaterialización de los procedimientos judiciales», y c) la comunicación entre autoridades judiciales vía electrónica o mediante videoconferencia.

JIMENO BULNES mantiene que el portal e-Justicia puesto a disposición por la UE ha de coordinarse también con otros portales jurídicos existentes en ámbitos diversos, y cuya finalidad es igualmente permitir la comunicación electrónica entre distintos profesionales y/o operadores jurídicos y los cuales también gozan de autenticidad en el marco que les es propio; pone como ejemplo la autora, el portal penal Net o red europea de abogados penalistas creada por parte del Consejo General de la Abogacía Española. Igualmente se debe tener en cuenta el proyecto EHS (Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad) proyecto nacido en el seno de la nueva oficina judicial con la finalidad de crear un sistema telemático de justicia común en todo el territorio español a fin de procurar la anexión informática y el intercambio de información entre todos los órganos jurisdiccionales. Si bien, insiste la propia autora que todos estos instrumentos o portales informáticos no son sino herramientas en beneficio de la administración de justicia, para conseguir que sea más eficaz, moderna y transparente pero sin olvidar su finalidad y objetivo: impartir justicia juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (págs. 82-89).

El Capítulo IV contiene el núcleo del denominado proceso europeo en el ámbito procesal penal. El gran impacto que ha causado el Tratado de Lisboa para el Derecho penal y Derecho procesal en el ámbito europeo, es expuesto de forma evidente por JIMENO BULNES. Así, la autora, además de aludir expresamente a la regulación que de la cooperación judicial penal realiza

el Tratado de Lisboa, a la que en su opinión dedica una mayor atención que a la cooperación civil tal y como lo demuestran los propios preceptos (arts. 82 y 86 del TFUE), viene a exponer todas las novedades que en materia de cooperación judicial penal se introducen en dicho Tratado, donde destaca específicamente un sistema de prevención a modo de «freno de emergencia» que posibilita a cualquier estado miembro a apartarse del «tren» legislativo en marcha si considera amenazado su sistema nacional de justicia penal. Bajo este modelo de cooperación judicial a que alude el Tratado de Lisboa, se instauran los principios de reconocimiento mutuo y el de aproximación legislativa, interpretado en el sentido de adopción de normas mínimas en determinadas materias de carácter procesal.

La autora mantiene que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha permitido, para el Derecho penal y procesal europeo culminar un proceso evolutivo pudiendo estimarse presente ya un Derecho penal y procesal europeo. La cuestión apuntada es compleja, dado que por la doctrina científica se mantiene hoy en día la presencia de un Derecho procesal penal «*europizado*». Sin embargo, como señala JIMENO BULNES, puede estimarse presente este Derecho penal y procesal europeo al instaurar las instituciones comunitarias el control jurisdiccional en este ámbito junto al dato de que dichas instituciones pueden emprender acciones legislativas en materia penal.

Las páginas siguientes se dedican a considerar el principio de reconocimiento mutuo, principio en el que el Programa de Estocolmo insiste en su aplicación junto a la adopción de normas mínimas comunes en el ámbito penal y procesal, al igual que en el Tratado de Lisboa. Por todo ello, JIMENO BULNES pone de relieve la superación del modelo de cooperación judicial y adopción de un modelo de integración que se traduce en la optimización del modelo de reconocimiento mutuo. En cuanto a su concreto desarrollo en las normas procesales penales europeas, procede la autora a exponer algunos de los instrumentos procesales vigentes en materia penal que, en forma de decisiones marco y bajo la base jurídica del principio de reconocimiento mutuo presenta una notable incidencia en el ámbito procesal penal, con especial referencia al instrumento estrella, la Decisión marco relativa a la orden de detención y entrega europea.

La autora alude a otra importante novedad introducida por el Tratado de Lisboa como es la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales con carácter jurídico vinculante así como la voluntad de la Unión Europea de adherirse al Convenio Europeo de Dere-

chos Humanos. Así, entre los derechos y principios de naturaleza procesal introducidos con incidencia en el espacio judicial europeo, señalando la autora, concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial; derecho de defensa y presunción de inocencia; principios de legalidad y proporcionalidad, y principio de *non bis in idem*.

Por último, para concluir la obra JIMENO BULNES apunta a dos importantes datos: el reto que tiene presente el actual Derecho Procesal Penal europeo y el frágil equilibrio en la balanza entre justicia y seguridad al constituir ambos objetivos del denominado ELSJ. Y ello porque es en el propio TFUE donde se instaura la primacía del objetivo seguridad frente al de liber-

tad y justicia en el ámbito judicial penal, exponiendo la propia autora las consecuencias derivadas como es el peligro de provocar una política de prevención que en términos penales se traduce en la «anticipación del riesgo» (pág. 134), alcanzando su sentido más extremo en la actual y constante amenaza del terrorismo. En este contexto, JIMENO BULNES aboga por la construcción de un espacio judicial europeo donde no prevalezca el objetivo de seguridad, sino el consiguiente equilibrio entre el binomio seguridad-justicia o, más exactamente, trinomio libertad-seguridad-justicia.

M^a Belén Sánchez Domingo

Doctora en Derecho.

Profesora Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: ferreolive@terra.es
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.

www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

atencionalcliente@tirantonline.com

o directamente en www.tirantonline.com

