Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© KAI AMBOS

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 160.465, año 2007
Santiago

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de enero de 2007

IMPRESORES: Editora e Imprenta MAVAL Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-1753-5

KAI AMBOS

Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional
Georg-August Universität Göttingen, Alemania

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

ASPECTOS DEL DERECHO ALEMÁN Y COMPARADO

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Zentralbibliotheken
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität

2007/958

PRESENTACIÓN

El libro reúne varios textos y artículos de revistas alemanas, españolas y también de libros colectivos que, en su conjunto, no han sido publicados todavía.

De cualquier forma, los textos pueden ser leídos de manera separada porque cada uno de ellos constituye una investigación autónoma.

Agradezco enormemente a la prestigiosa Editorial Jurídica de Chile, en particular a su editora jurídica, Ana María García Barzelatto, la publicación de estos textos y espero que contribuyan a la discusión doctrinaria chilena y latinoamericana.

KAI AMBOS
Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal,
Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional
Georg-August Universität, Göttingen, Alemania
Juez del Tribunal Estadual (Landgericht) de Göttingen

Enero de 2007

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LISTA DE ABREVIATURAS

ABAJ	American Bar Association Journal
ABl.	Amtsblatt der EG (Diario Oficial de las Comunidades Europeas)
Add.	Addendum
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (revista de España)
AG-VStGB	Grupo de trabajo para la elaboración del Código Penal internacional alemán
AIDP	Association Internationale de Droit Pénal (Asociación Internacional de Derecho Penal)
AJCL	American Journal of Criminal Law (revista de EE.UU.)
AJIL	American Journal of International Law (revista internacional)
AK	Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung (comentario al CPP)
AlbLR	Alberia Law Review (revista de EE.UU.)
alt.	alternativa
AP	Actualidad Penal (España)
aprob.	aprobatoriamente, aprobando, de modo aprobatorio
ArchCrim	Archiv des Criminalrechts (Alemania)
ArizJICL	Arizona Journal of International and Comparative Law (revista de EE.UU.)
art., arts.	artículo, artículos
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
AustralYIL	Australian Yearbook of International Law (anuario de Australia)
AVR	Archiv des Völkerrechts (revista de Alemania)
AWG	Au_enwirtschaftsgesetz (Ley de Comercio Exterior)
AZ	Aktenzeichen (número de referencia)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo del Land de Baviera)

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

BG suizo	Bundesgericht (Tribunal Supremo Federal suizo)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
bibl.	bibliografía
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)
BR-Drs	Bundesratsdrucksache (Boletín de la Cámara de los Länder)
BT	Bundestag (Parlamento alemán)
BT-Drs.	Bundestag Drucksachen (impresos del Parlamento)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Ley de Estupefacientes)
BverfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional)
BYIL	(The) British Year Book of International Law
c.	contre
CACLP	Croatian Annual of Criminal Law and Practice (anuario de Croacia)
CADH/CADDHH	Convención Americana de Derechos Humanos
CalLR	California Law Review (revista de EE.UU.)
CanYIL	Canadian Yearbook of International Law (anuario de Canadá)
cap.	capítulo
CaseWRJIL	Case Western Reserve Journal of International Law (revista de EE.UU.)
CCA	Criminal Code Act 1995 (Australia)
CCC (3d)	Canadian Criminal Cases (Third Series), citado según el tomo y el año
CDI	Comisión de Derecho Internacional de la ONU (citado también por ILC)
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (revista de Argentina)
CEDH/ CEDDHH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
Cfr.	confróntese
CG	Convención/ones de Ginebra de 1949
CIJ	Corte Internacional de Justicia (citado también como ICJ)
cit.	citado
CLF	Criminal Law Forum (revista internacional)

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CLR	Criminal Law Reports
ColJTL	Columbia Journal of Transnational Law (EE.UU.)
ColLR	Columbia Law Review (EE.UU.)
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (España)
CPI	Corte Penal Internacional (citado también como ICC)
CPP	Código de Procedimiento Penal
crít.	crítico, críticamente
CV	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)
d.p.i.	derecho penal internacional
DCCB	Draft Criminal Code Bill (inglés) (The Law Commission, 1989)
DDR	Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemana)
Dept.	Department
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft (sociedad de investigación alemana)
DickinsonJIL	Dickinson Journal of International Law (revista de EE.UU.)
Dig. Disc. Pen.	Digesto delle discipline penalistiche (revista de Italia)
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional (Chile)
DJT	Deutscher Juristentag (Conferencia Alemana de Juristas)
DJT-Gutachten	Deutscher Juristentag-Gutachten (Jornadas de los juristas alemanes – dictámenes)
dok.	dokument
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (revista de Alemania)
DPC	Derecho Penal Contemporáneo (revista de Colombia)
DR	Deutsches Recht (revista de Alemania)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (revista alemana de jueces)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (revista de Alemania)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
DukeLJ	Duke Law Journal (revista de EE.UU.)
DuR	Demokratie und Recht (revista de Alemania)
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
Eckart Jb	Eckart-Jahrbuch (revista de Alemania)
ECPI	Estatuto para la implementación de una Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)
ed.	editor
eds.	editores
EE.UU.	Estados Unidos de Norteamérica (citado también como US o U.S.)

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

EG	Europäische Gemeinschaft (Comunidad Europea)
EICTR	Estatuto del International Criminal Tribunal for Rwanda
EICTY	Estatuto del International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
EIMT	Estatuto del International Military Tribunal (Nuremberg)
EIMTFE	Estatuto del International Military Tribunal for the Far East (Tokio)
EJIL	European Journal of International Law (revista internacional)
EPIL	Encyclopedia of Public International Law (citado según número de tomo y año; primera edición con números arábigos; segunda edición con números romanos)
et al.	*et alii* (latín: y otros)
etc.	etcétera
EU	Europäische Union (Unión Europea)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (revista de Alemania)
Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (revista europea)
EWG	Europäische Wirtschafts Gemeinschaft (Comunidad Económica Europea – CCE)
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FAZ	Frankfurter Allgemeiner Zeitung (periódico de Alemania)
FG	Festgabe (libro homenaje)
FM	Field Manual (manual de campo militar estadounidense)
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista de Alemania)
GAOR	General Assembly Official Records
GAR	General Assembly Resolution
GeorgiaJI&CL	Georgia Journal of International and Comparative Law (revista de EE.UU.)
GG	Grundgesetz (Ley fundamental alemana)
GS	Gedächtnisschrift (libro en memoria)
GTZ	Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (Alemania)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley Orgánica de los Tribunales)
GW	Guardian Weekly (periódico semanal)
HarvILJ	Harvard International Law Journal (revista de EE.UU.)

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

HRLJ	Human Rights Law Journal (revista internacional)
HRQ	Human Rights Quarterly (revista internacional)
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafsachen (revista electronica de Alemania)
HRW	Human Rights Watch
HRW/A	Human Rights Watch/Américas
HuV	Humanitäres Völkerrecht (revista de Alemania)
ICC	International Criminal Court (citado también como CPI)
ICJ	International Court of Justice (citado también como CIJ)
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (revista internacional)
ICLR	International Criminal Law Review (revista internacional)
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (=TPIR)
ICTY	International Criminal Tribunal for the (prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of) Former Yugoslavia
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission (citado también por CDI)
ILR	International Law Reports (citado por número de tomo y página, hasta el Nº 105, y después por parágrafo)
IMG	Internationaler Militärgerichtshof (Nuremberg)
IMT	International Military Tribunal (Nuremberg)
IMTFE	International Military Tribunal for the Far East (Tokio)
Int.Crim.L.	International Criminal Law
InternAbl	Internationales Anwaltsblatt (revista de Austria)
IntL	International Lawyer (revista internacional)
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (PIDCP)
IRRC	International Review of the Red Cross (revista internacional)
IsLR	Israel Law Review (revista de Israel)
IYHR	Israel Yearbook of Human Rights (anuario de Israel)
JA	Juristische Arbeitsblätter (revista de Alemania)
Jb	Jahrbuch (anuario)
JbIntR	Jahrbuch für internationales Recht (revista de Alemania)
jce	joint criminal enterprise
JCLC&PS	Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science (revista de EE.UU.)

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

JCP	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique) (revista de Francia)
JICJ	Journal of International Criminal Justice (revista internacional)
JournPL	Journal of Public Law (revista de EE.UU.)
JournTLP	Journal of Transnational Law and Policy (revista de EE.UU.)
JpD	Jueces para la democracia (revista de España)
JR	Juristische Rundschau (revista de Alemania)
Jura	Juristische Ausbildung (revista de Alemania)
JuS	Juristische Schulung (revista de Alemania)
JZ	Juristen Zeitung (revista de Alemania)
K/M-G	Kleinknecht/Meyer-Goßner, Kommentar zur Strafprozeßordnung (comentario al CPP)
KAS	Konrad Adenauer Stiftung (Alemania)
KGB	Komitet Gossudarstwennoj Besopasnosti (antiguo servicio secreto ruso)
KJ	Kritische Justiz (revista de Alemania)
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung (comentario al CPP)
KRG	Kontrollratsgesetz (Ley del Consejo de Control)
KrimJ	Kriminologisches Journal (revista de Alemania)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (revista de Alemania)
KWKG	Kriegswaffenkontrollgesetz (Ley de Control de Armas de Guerra)
L/R	Loewe/Rosenberg, Kommentar zur Strafprozeßordnung (comentario al CPP)
La Ley	La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (revista de España)
LG	Landgericht (Tribunal del Land –estado–)
LJIL	Leiden Journal of International Law (revista internacional)
LK-[autor]	Leipziger Kommentar (citado en la Bibliografía bajo Jescheck y otros)
loc. cit.	*loco citato* (latín: lugar citado)
LQR	Law Quarterly Review
LRC	Law Reform Commission (de Canadá)
MDR	Mouvement Démocratique Républicain
MichJIL	Michigan Journal of International Law (revista de EE.UU.)
MLR	Modern Law Review (revista de Inglaterra)
MPC	Modal Penal Code (American Law Institut, 1985)
MRK	Menschenrechtskonvention (CEDDHH)
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (revista de Alemania)

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Müko-[autor]	Münchner Kommentar, Strafgesetzbuch
N. del T.	Nota del traductor
NDP	Nueva Doctrina Penal (revista de Argentina)
NewYorkLSJI&CL	New York School of International & Comparative Law (revista de EE.UU.)
NFP	Nuevo Foro Penal (revista de Colombia)
NGO	Non Governmental Organisation/s (ONG)
NILR	Netherlands International Law Review (revista internacional)
NJ	Neue Justiz (revista de Alemania)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista de Alemania)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista de derecho)
NK	Nomos Kommentar y Neue Kriminalpolitik (revista de Alemania)
nm.	número/s marginal/es
NordicJIL	Nordic Journal of International Law (revista internacional)
nro.	número
nros.	números
NS	Nazionalsozialismus (nacionalsocialismo)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista de Derecho Penal)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report (revista de Alemania)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (revista de Alemania)
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law (anuario de Países Bajos)
NZWehr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo)
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (Tribunal Supremo para la Zona Británica)
OGHst	Entscheidungen des Obersten Gerichtshof in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo para la Zona Británica)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (revista de Austria)
OLG	Oberlandesgerischt (Tribunal Superior del Land)
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas (citado también como UN)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (ley de contravenciones administrativas)
p./pp.	página/páginas
PACG	Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

pará.	parágrafo/s
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
PittsburghLR	Pittsburgh University Law Review (revista de EE.UU.)
por ej.	por ejemplo
PrepCom	Preparatory Committee (of the United Nations on the establishment of an International Criminal Court)
PrepCommis	Preparatory Commission (for the International Criminal Court)
R.I.D.C	Revue Internationale de Droit Comparé (revista de Francia)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (revista de Alemania)
RBCC	Revista Brasileira de Ciências Criminais (revista de Brasil)
RBDI	Revue Belge de Droit International (revista internacional)
RCM	Rule for Courts-Marcial (estadounidense)
RDCP	Revue de Droit Pénal et de Criminologie (revista de Bélgica)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época (revista de España)
RDPM	Revue de Droit Pénal Militaire et de la Guerre (revista internacional)
REC	Revista de Estudos Criminais (revista de Brasil)
Res.	Resolution
RFA	República Federal de Alemania
RGDP	Revista General de Derecho Procesal IUSTEL (revista de España)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo del Reich –imperio–)
RIAA	Reports of International Arbitral Awards (citado por el tomo, año y página)
RichmondLR	University of Richmond Law Review (revista de EE.UU.)
RIDP	Revue International de Droit Pénal (revista internacional, AIDP)
RLJ	Rutgers Law Journal (revista de EE.UU.)
RP	Revista Penal (revista de España)
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales (revista de Perú)
RSHA	Reichssicherheitshauptamt (Oficina Central de Seguridad del Reich –imperio–)
RUCN	Revista Universidad Católica del Norte (revista de Chile)

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

s., ss.	siguiente, siguientes
S/Res.	Security Council Resolution
S/S-[autor]	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (ver bibliografía)
SchwZStR	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (revista de Suiza)
scil.	*scilicet* (latín: es decir, se refiere a)
Sect.	Section
SED-SK	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (partido de la unidad socialista alemana – Comité Central)
sic	*sicut* (latín: textualmente)
SK-[redactor]	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado en la bibliografía bajo Rudolphi y otros)
Slg.	Sammlung (colección, antología)
SoldG	Soldatengesetz (Gesetz über die Rechtstellung der Soldaten) (ley sobre el estatuto jurídico de los soldados)
SS	Schutzstaffeln der NSDAP (escuadrones de protección del Partido de los Trabajadores nacionalsocialista alemán)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StV	Strafverteidiger (revista de Alemania)
t.	tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TempleLQ	Temple Law Quarterly (revista de Inglaterra)
TPIR	Tribunal Pénal International pour le Rwanda (=ICTR)
TransLCP	Transnational Law & Contemporary Problems (revista de EE.UU.)
TUE	Tratado de la Unión Europea
TulLR	Tulane Law Review (revista de EE.UU.)
TWC	Trials of War Criminals (US-GPO General Printing Office, citado por tomo y página)
UN	United Nations (citado también como ONU)
UN-ECOSOC-CHR	UN-Economic and Social Council-Commission of Human Rights
UNTAET-Regulation	UN-Transitional Administration for East Timor
UNWCC	United Nations War Crimes Commission
US o U.S.	United States (citado también como EE.UU.)
v. o vs.	versus
vers. al.	versión alemana (referencia a la obra original)
vol.	volumen
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal internacional alemán)
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WaffG	Waffengesetz (ley de armas)
WiscILJ	Wisconsin International Law Journal
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

WStG	Wehrstrafgesetzbuch (Código Penal militar alemán)
YaleJIL	(The) Journal of International Law (revista de EE.UU.)
YaleLJ	(The) Yale Law Journal (revista de EE.UU.)
YbILC	Yearbook, International Law Commission (citado según año, tomo, parte y parte/para.)
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law (anuario internacional)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (revista de Alemania)
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte (revista de Alemania)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (revista de Alemania)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista de Alemania)
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (revista de Alemania)

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

I. DERECHO PENAL

IMPUTACIÓN (OBJETIVA) Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL*

I. FUNDAMENTOS

En el *sentido originario del derecho natural* la imputación es definida con las parejas conceptuales "imputatio facti – imputatio iuris" o bien "imputatio physica – imputatio moralis". Con ello se trata, en primer término, de la imputación de hecho (fáctica) o física de un *suceso* (una "acción natural") controlado por la voluntad a una determinada *persona* (el "autor"); en segundo término, del valor jurídico o moral de ese suceso en el sentido de una imputación normativa, es decir, de la *valoración* de esa acción como antijurídica o inmoral y, por ello, necesitada de sanción.[1] Conforme a ello, la imputación es entendida en un sentido amplio como "la constatación... de una relación entre un aconteci-

* Publicado originalmente en Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlín (Duncker und Humblot), 2nd ed. 2004, § 17 I. y II = pp. 518 y ss. Traducción de Ezequiel Malarino. El título original fue modificado.

[1] Sobre esta diferenciación que se remonta a la doctrina del derecho natural del siglo XVIII, especialmente a Pufendorf y Christian Wolff, *cfr.* Schaffstein, *Lehren vom Verbrechen* (1930/1986), pp. 36 s.; Hruschka, *Strukturen* (1976), pp. 2 s., 35; Küpper, *Grenzen* (1990), pp. 83 ss.; *Vogel, Unterlassungsdelikte* (1993), pp. 57 ss.; fundamental Modolell, *Bases* (2001), pp. 4 ss., 28 ss. (36 ss.). En similar sentido Kelsen, *Hauptprobleme* (1923/84), pp. 73 ss., para quien la imputación tendría un carácter acausal, ateleológico y avoluntativo, dado que se asienta "exclusiva y únicamente en el deber ser, en la norma") (p. 75, resaltado en el original). Cfr. también *Maiwald, FS Miyazawa* (1995), pp. 465 ss., quien remonta a *Larenz, Honig* y *Welzel* el concepto jurídico-penal de imputación en su significado originario de dos niveles –primero, configuración humana final, luego su valoración jurídico-penal (472 s.)–. Sobre Pufendorf especialmente Hardwig, *Zurechnung* (1957), pp. 35 ss.; recientemente también Schünemann, *GA* 1999, pp. 208 ss.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

miento y una persona",[2] como la "vinculación efectuada con base en una norma entre un hecho ("Seinstatbestand")* y un sujeto".[3] La imputación *en sentido amplio* se ocupa de la cuestión central de la parte general de una ley penal: ¿Quién y bajo qué presupuestos normativos debe ser penado?[4] De modo más abstracto: ¿Cómo ha de ser "la relación entre sujeto activo y resultado"?[5] El ordenamiento jurídico valora esa relación de imputación con un precepto jurídico, de manera que en contra del sujeto de la norma (el "autor") debe producirse una determinada consecuencia jurídica.[6] Esto presupone, *al menos*, que el mundo es dominable por el hombre y que a éste se lo puede responsabilizar por determinadas consecuencias de sus acciones, por el hecho de haberlas realizado finalmente;[7] de lo contrario, se trataría de un

[2] Hardwig, *Zurechnung* (1957), p. 7. En similar sentido Krauß, *Zurechnung* (1963), p. 6; Schünemann, *Unterlassungsdelikte* (1971), p. 234; Vogel, *Unterlassungsdelikte* (1993), p. 57.

* N. del T. La noción de *Seinstatbestand* es de difícil traducción; textualmente se correspondería más a "tipo del ser"; pero en la concepción de Kelsen el *Tatbestand* (tipo) no contenía un significado como el que la moderna doctrina jurídico-penal le asigna a este concepto; se ha preferido por ello la utilización de la noción "hecho", para expresar la referencia a un suceso óntico o real.

[3] Kelsen, *Hauptprobleme* (1923/84), p. 72, similar en la p. 144. En ésta, su primera obra, Kelsen entendía también en el concepto de imputación a la vinculación construida a través del "deber" de los elementos reunidos dentro de la norma (ídem, p. 71). Posteriormente, Kelsen designó la relación entre el hecho (*Seinstatbestand*) y el sujeto de la norma como "atribución" (*Zuschreibung*) y utilizó el concepto de imputación (*Zurechnung*) tan sólo en sentido análogo al de la causalidad de las ciencias naturales (*cfr.* Koriath, *Grundlagen* [1994], pp. 146 ss., 149; crít. respecto de este trabajo Zaczyk, *GA* 1997, pp. 285 ss.; sobre Kelsen también Modolell, *Bases* [2001], pp. 48 ss.). Al concepto originario de imputación de Kelsen se une Perron, *Rechtfertigung* (1988), p. 21: "vinculación de un acontecimiento del ser (*Seinsgeschehen*) con una persona". *Cfr.* también Hassemer, en Lüderssen (editores), *Kriminalpolitik I* (1998), pp. 350, 364 s.

[4] *Cfr.* Jakobs, *AT* (1993), 6/1; también el mismo, en Neumann/Schulz, Verantwortung (2000), pp. 63 ss. (65): imputación como doctrina del significado de la conducta y de la repartición de competencias por infracciones a la norma en un determinado contexto social. De esta aceptación de base pueden ser derivadas tres consecuencias en relación con el deber negativo de no lesionar a otro (66): el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso.

[5] Roxin, *AT* I (1997), § 10, nm. 55.

[6] Perron, *Rechtfertigung* (1988), p. 21; *cfr.* también Bloy, *Beteiligungsform* (1985), p. 244. Desde un punto de vista de derecho comparado: Flechter, *Concepts* (1998), p. 81.

[7] *Cfr.* Roxin, *FS Honig* (1970), p. 134, con referencia a *Honig*; también *Maiwald, FS Miyazawa* (1995), pp. 465 ss.; *Hassemer*, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik I* (1998), pp. 354 s.; Frisch, *FS* Roxin (2001), pp. 214 s. Sobre Honig también Modolell, *Bases* (2001), pp. 84 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"accidente" –no imputable a nadie–.[8] Sin embargo, en la actualidad, el empleo de un precepto jurídico para la imposición de una sanción penal no sólo presupone una acción (natural), sino también una conducta jurídico-penalmente desaprobada y reprochable, es decir, un injusto típico y culpable.[9]

De esto se ha de diferenciar la imputación "dentro del tipo", es decir, la imputación *en sentido restringido* como presupuesto de la tipicidad de una conducta y como limitación normativa del extremadamente amplio concepto de causalidad de la teoría de la equivalencia. La distinción usual en este sentido entre imputación objetiva (del tipo objetivo)[10] e imputación subjetiva (del tipo sub-

[8] *Cfr.* Jakobs, en Neumann/Schulz, *Verantwortung* (2000), p. 65.

[9] *Cfr.* Hardwig, *Zurechnung* (1957), p. 4: "si un tipo está realizado, inclusive la antijuridicidad y la culpabilidad, entonces... el comportamiento concreto le es imputado como propio al autor". Por el contrario, para Krauß, *Zurechnung* (1963), p. 6, la imputación se refiere al campo del injusto penalmente relevante, con lo que presupone la distinción entre injusto y culpabilidad. De modo diverso, probablemente, Kelsen, *Hauptprobleme* (1923/84), pp. 73 ss., 143 ss., cuando considera a la "culpabilidad" como la imputación del resultado exterior ético-jurídico, es decir, normativo (en lugar de psicológico) "querido", y con ello se basa únicamente en la imputación normativa en el sentido mencionado ("del deber ser") (*cfr.* ya *supra*, en la nota 1). *Cfr.* también *Bloy, Beteiligungsform* (1985), p. 247. Jakobs, en Neumann/Schulz, *Verantwortung* (2000), pp. 69 s., 72 se basa, al respecto, en la distinción entre sentido (conducta imputable) y naturaleza. Crít. sobre la expansión de la teoría de la imputación (del resultado) a costa de la conducta típica Frisch, *Verhalten* (1988), especialmente pp. 18 ss.; el mismo, *FS Roxin* (2001), pp. 235 ss.; *cfr.* para mayores detalles, *infra*, nota 22.

[10] *Cfr.* Roxin, *GS Arm. Kaufmann* (1989), p. 245; el mismo, *AT I* (1997), § 7, nm. 26; § 10, nm. 55; § 11, nm. 39 ss.; Jakobs, *AT* (1993), 7/5 ss.; Gropp, *AT* (2001), § 5, nm. 40 ss.; instructivo Burgstaller, en Lahti/Nuotio (eds.), *Criminal Law* (1992), pp. 383 ss.; aprob. en lo sustancial también Vogel, *Unterlassungsdelikte* (1993), pp. 60 s. Crít. sobre el renacimiento neonormativo de la teoría de la imputación y especialmente sobre la teoría de la imputación objetiva: Hirsch, *FS Köln* (1988), pp. 403 ss.; una posición intermedia en el mismo, *FS Lenckner* (1998), pp. 119 ss., en donde, por un lado, menciona como "razonable" el "compensar" en el tipo objetivo los déficit dogmáticos de una causalidad pura (p. 121) y considera necesarias también "restricciones en lo objetivo" (p. 141), pero, por otro lado, expresa que "la teoría sería de todas maneras criticable" "a causa del punto de vista metódico en el que se apoya y de las fricciones resultantes de éste" (p. 141, en particular: pp. 122 ss.). Crít. Küpper, *Grenzen* (1990), pp. 83 ss. (115 ss.), para quien la cuestión de la imputación es respondida exclusivamente por la teoría final de la acción; también el mismo, *ZStW* 1993, 297 ss.; crít. también Koriath, *Grundlagen* (1994), pp. 404 ss. Maiwald, *FS Miyazawa* (1995), pp. 465 ss. (481 s.) aboga nuevamente por una clara distinción entre la imputación como tal y su valoración jurídica en el sentido de la concepción originaria de dos niveles (*supra*, en la nota 1) y considera inadecuada la normativización del concepto (477 s.); el ámbito de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

jetivo)[11] no supone solamente que se ha superado la teoría del delito clásica,[12] sino, en general, que existe una teoría del delito. Por el contrario, en donde no existe en absoluto una dogmática elaborada –como ocurre en el derecho penal internacional–, la separación entre objetivo y subjetivo puede ser válida solamente a grandes rasgos (en cierto modo como *condición mínima* de la imputación jurídico-penal). La imputación de derecho penal internacional tiene lugar desde el punto de vista *objetivo* como imputación de la acción, de la tipicidad y de la antijuridicidad, esto es, como imputación del injusto;[13] se trata de los principios y criterios objetivos en razón de los cuales una determinada conducta humana se convierte en un crimen de derecho penal internacional. Por el contrario, la imputación *subjetiva* se refiere al dolo y a la conducta reprochable personalmente al autor, es decir, a la culpabilidad;[14] se trata de los presupuestos subjetivos de la punibilidad de derecho internacional. Visto de este modo, nos encontramos frente a un sistema causalista clásico del delito, el cual gira en torno a dos cuestiones: ¿infringe una persona con su conducta una norma (de derecho penal internacional) y realiza con esto un injusto (de derecho penal internacional)? ¿Actúa ella con dolo o con imprudencia y se le puede reprochar personalmente esta infracción de la norma, porque podía evitarla?[15]

De la jurisprudencia penal internacional surgen otras cuestiones más complejas y la necesidad de *diferenciaciones*. Así, en los procesos de Nuremberg[16] las consideraciones sobre la causalidad han hecho necesaria una toma de posición sobre la relación entre causalidad e imputación objetiva. La exposición ha seguido en este sentido a la doctrina más moderna, según la cual la causalidad de una determinada conducta respecto de un resultado representa –en cierto modo como primer nivel de decisión– un presupuesto mínimo de la imputación de esa conducta a un tipo penal determinado y, por tanto, sólo una condición necesaria, pero no suficiente. La decisión de si en definitiva tiene lugar una imputación es de carácter *normativo* y debe ser tomada en un segundo nivel,

aplicación de la imputación en el sentido originario sería suficientemente amplio y, especialmente, mucho más adecuado para la determinación de la responsabilidad (478 ss., 481 s.); ver una síntesis del estado de la discusión y un rechazo de la crítica del finalismo en Frisch, *FS Roxin* (2001), pp. 217 ss. (221 s.), 226 ss. Schünemann, *GA* 1999, 208 ss., ve el verdadero mérito de la imputación objetiva (por entero funcional, racional-final) en el criterio de la "utilidad preventivo general" de la sanción del autor, que va más allá de la teoría de la causalidad adecuada (214 s., 219, 227) e intenta, por lo demás –siguiendo a Roxin, *GS Arm. Kaufmann* (1989), pp. 237 ss.–, la "construcción de un puente" entre la imputación objetiva y el finalismo (207, 227 ss.).

[11] *Cfr.* Roxin, *AT* I (1997), § 12, nm. 140 ss. (143); Bockelmann/Volk, *AT* (1987), §§ 13 y 14; Frisch, *Verhalten* (1988), pp. 507 ss. *Fundamental* Köhler, *FS Hirsch* (1999), pp. 65 ss., quien de un concepto "estricto" de imputación subjetiva deriva un "concepto del dolo como voluntad práctica de vigencia" y un "concepto de voluntad de injusto" que se basaría en una "comprensión concreta de la norma" (p. 74). De ello se seguiría la impunidad de la imprudencia inconsciente, el reconocimiento (más) restrictivo de la evitabilidad del error de prohibición y la inadmisibilidad de una punibilidad de las personas colectivas (pp. 74 s.). La pena no podría fundamentarse únicamente –en oposición a Jakobs, *AT* (1993), p. 71– con la vigencia de la norma, sino tan sólo en relación con la consciente "contradecisión del sujeto que reflexiona en la norma" (p. 81). La "imputación subjetiva, un principio de culpabilidad concebido de este modo y la fundamentación del derecho penal están... sustancialmente vinculados el uno con el otro" (ídem).

[12] Según el *clásico* concepto bipartito de delito, la parte objetiva del hecho se expresaba en el injusto (tipicidad y antijuridicidad), y la parte subjetiva solamente en la culpabilidad (concepto causal de la acción; concepto psicológico de la culpabilidad). El *neo-clasicismo* reconoció, por primera vez, elementos subjetivos del injusto e interpretó la culpabilidad como reprochabilidad (concepto normativo de culpabilidad), manteniendo al dolo, sin embargo, como forma de culpabilidad (teoría del dolo). Sólo con el *finalismo* se ha impuesto la concepción de que la parte subjetiva del hecho debería ser considerada ya en el nivel del tipo en forma de dolo y que la culpabilidad debería normativizarse ulteriormente (concepto final de la acción, teoría personal del injusto, teoría de la culpabilidad). Esta concepción es seguida también por el sistema del delito dominante *neoclásico-finalista* y por el más nuevo *racional final (funcional)* (*cfr.* Roxin, *AT* I (1997), § 7, nm. 12 ss.; § 8, nm. 10 ss.; § 10, nm. 89; Jescheck/Weigend, *AT* (1996), pp. 202 ss.; *Gropp*, *AT* (2001), § 3, nm. 57 ss. (65), § 4, nm. 27 ss.). Sobre la historia de la dogmática Hardwig, *Zurechnung* (1957), pp. 75 ss.; para la defensa del concepto final de la acción de *Welzel* especialmente frente a los nuevos enfoques normativistas y funcionales: Hirsch, *FS Köln* (1988), especialmente pp. 400 s., 420, 426. Sobre el concepto moderno de delito, especialmente del funcionalismo, ver también Ambos, Parte General (2005), pp. 51 y ss.

[13] Sobre el concepto de injusto *cfr.* Roxin, *AT* I (1997), § 14, nm. 3.

[14] Así, el concepto normativo de culpabilidad –en oposición a uno puramente psicológico– (Roxin, *AT* I (1997), § 19, nm. 11 ss.).

[15] En sentido similar Jakobs, *AT* (1993), 6/4; fundamental Hruschka, *Strukturen* (1976), diferenciando entre imputación de la acción (cap. II), de las "reglas" típicas o bien del injusto (III, IV) y de la culpabilidad (V, VI); sobre una imputación de tres niveles, también Wessels/Beulke, *AT* (2003), nm. 177. Sobre la imputación en el sistema del delito funcional: Wolter, *Zurechnung* (1981), *passim*. Similar en el resultado y diferenciando entre imputación en el sentido de "responsabilidad" y culpabilidad, ahora, Hirsch, *FS Lenckner* (1998), p. 131.

[16] *Cfr.* Ambos, *supra*, nota *, pp. 87 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

esto es, en el de la (ulterior) imputación del tipo objetivo. También los intentos tradicionales por limitar la concepción dominante de la causalidad "natural"[17] fundada en la teoría de la equivalencia,[18] especialmente mediante la teoría de la causalidad adecuada[19] –proveniente del derecho civil– o por medio de la idea del riesgo,[20] son la expresión de determinados principios normativos de imputación y, por ello, pertenecen sitemáticamente a este segundo nivel.[21] Al respecto se volverá eventualmente durante la elaboración dogmática de los elementos particulares de un sistema del delito de derecho penal internacional. Ulteriores esfuerzos de diferenciación, por ejemplo, mediante una distinción entre la "conducta típica" orientada al injusto de acción ("Handlungsunrecht") y la imputación objetiva perteneciente al injusto de resultado (*Erfolgsunrecht*) por medio de una anticipación de las valoraciones decisivas,[22] no pueden efectuarse en este lugar y sólo parecen sobrecargar excesivamente a un sistema de imputación

[17] Frisch, *Verhalten* (1988), p. 10; similar, por ejemplo, Bockelmann/Volk, *AT* (1987), p. 67, quienes hablan de un concepto causal clásico, físico-mecánico, de la teoría de la equivalencia; *cfr.* también Hruschka, *Strukturen* (1976), pp. 8 ss.

[18] Como es sabido, según la teoría de la equivalencia, toda circunstancia que ha contribuido a la producción del resultado tiene el mismo valor causal (equivalente) (Kühl, *AT* [2002], § 4, nm. 7; Frisch, *Verhalten* [1988], p. 10; por ejemplo, *RGSt* 57, 148; sobre la historia de la dogmática Hardwig, *Zurechnung* [1957], pp. 67 ss.).

[19] *Cfr.* sobre esto recientemente Schünemann, *GA* 1999, 209 ss.

[20] *Fundamental* Roxin, *FS Honig* (1970), pp. 135 ss.

[21] *Cfr.* Roxin, *AT* I (1997), § 11, especialmente nm. 1, 20, 38, 39 ss.; Schünemann, *GA* 1999, 209 ("limitación normativa del concepto causal"); Burgstaller, en Lahti/Nuotio (eds.), *Criminal Law* (1992), pp. 385 s.; también Jakobs, *AT* (1993), 7/5 ss., quien concibe, ciertamente, a la imputación objetiva como el concepto dominante de toda la parte general; del mismo modo ahora también su discípulo Lesch, *Verbrechensbegriff* (1999), pp. 210 ss. (212); de otra opinión *Weber*, en Baumann/Weber/Mitsch, *AT* (2003), § 14, especialmente nm. 5; sobre la crítica al "neonormativismo" *cfr.* ya *supra*, nota 10. Crít. sobre la utilidad de la causalidad como principio de imputación, ya Kelsen, *Hauptprobleme* (1923/84), pp. 73 s., 517 s.

[22] Frisch, *Verhalten* (1988), especialmente en la p. 67, según quien a la "llamada teoría de la imputación" pertenece "...únicamente la relación causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado", mientras que la individualización y "delimitación de los riesgos desaprobados con la indicación de los comportamientos generales y, en especial, de los comportamientos que están o no comprendidos" es "un problema exclusivo de la teoría de la conducta típica". Crít. de Frisch desde un punto de vista finalista Küpper, *Grenzen* (1990), pp. 116 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de derecho penal internacional –dado que incluso en el derecho penal nacional se cuestiona su relevancia para el *resultado*.[23]

Por consiguiente, en derecho penal internacional la imputación sólo puede ser entendida en un sentido amplio y también no específico como la relación entre el sujeto de la acción y el resultado, debiéndose imputar en primer lugar la acción a la persona y luego el resultado a la acción.[24] Por tanto, de lo que se trata es de la *individualización del reproche* del hecho, de la "indiscutida especialidad del derecho penal", del cual tampoco puede prescindir el derecho *penal* internacional.[25] Así, un sistema de imputación de derecho penal internacional representa una expresión de decisiones materiales de valor en cuanto a la necesidad y merecimiento de pena de determinados comportamientos.[26] Pero las normas en que se basa no resultan necesariamente del derecho escrito, sino también de las fuentes reconocidas de derecho internacional.[27]

II. SOBRE LA IMPUTACIÓN DE COMPORTAMIENTOS MACROCRIMINALES

La problemática de la imputación de comportamientos macrocriminales ha sido investigada especialmente por Jäger. Mientras que en su trabajo fundamental sobre los crímenes cometidos durante el nacionalsocialismo había examinado estos hechos aun desde una perspectiva empírica-interdisciplinaria,[28] posteriormente este autor ha reflexionado concretamente sobre la "imputación individual de la conducta colectiva".[29]

[23] Roxin, *AT* I (1997), § 11, nm. 46, para quien en definitiva siempre se trata de imputación, no teniendo importancia, por ello, la diferenciación de Frisch (nota 22) para la solución de problemas concretos; similar *Schünemann*, *GA* 1999, 216. Contra ellos nuevamente Frisch, *FS Roxin* (2001), pp. 233 ss.

[24] *Cfr.* Schünemann, *GA* 1999, 218 (sobre la teoría de la imputación objetiva).

[25] Lüderssen, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik I* (1998), p. 54.

[26] *Cfr.* Perron, *Rechtfertigung* (1988), p. 22, en cuanto al sistema de imputación de un ordenamiento jurídico nacional.

[27] *Cfr.* al respecto, ya Ambos, *Parte general* (2005), pp. 35 y ss.

[28] Jäger, *Verbrechen* (1982), *passim*.

[29] Jäger, *Makrokriminalität* (1989), pp. 132 ss.; el artículo respectivo fue publicado originariamente en 1985.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Además de *Jäger*, también otros autores se han ocupado de cuestiones particulares de la imputación de crímenes colectivos. Ya con anterioridad, *Peters* se había ocupado en relación con el proceso Eichmann de la estructura e imputación de los crímenes de masa.[30] Desde una perspectiva exclusivamente de dogmática penal, *Jakobs* ha analizado la cuestión de la repercusión de los diagnósticos psíquicos sobre el reproche de culpabilidad penal.[31] *Lampe* ha intentado desarrollar un "derecho penal del sistema" (*System-Strafrecht*).[32] *Naücke* propone una "cuarta vía de derecho penal" para luchar contra la "criminalidad reforzada por el Estado".[33] *Marxen*, por su parte, ha sido el primero y hasta ahora el único en esbozar puntos de partida concretos para una teoría del delito de derecho penal internacional.[34] En lo que sigue se expondrán resumidamente las concepciones de estos autores. Otras opiniones serán consideradas en el resumen valorativo (*infra* II. 7.).*

1. Peters: primeras reflexiones sobre una imputación de crímenes colectivos

Peters consideró a los crímenes del nacionalsocialismo como "algo absolutamente novedoso"[35] no sólo debido a su carácter de crímenes de masa, sino especialmente porque ellos no se dirigieron contra el Estado y tampoco fueron perseguidos por éste (quienes se encontraban imputadas eran "justamente la clase dirigente de la conducción del Estado y las fuerzas más importantes para la formación de la sociedad").[36] Como expone este autor, al servicio de estos crímenes se encontraba un aparato de poder, que garantizaba su "extensión, sistematicidad, puntualidad y perfección".[37] Los

[30] Peters, *Eckart Jb* 1961, pp. 232 ss.
[31] Jakobs, en Göppinger/Bresser (editores), *Sozialtherapie* (1982), pp. 127 ss.
[32] Lampe, *ZStW* 1994, pp. 683 ss. Existe versión en castellano en Lampe, *Dogmática* (2003), pp. 97 ss.
[33] Naucke, *Privilegierung* (1996), pp. 65 ss.
[34] *Marxen*, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pp. 220 ss.
* N. del T. Se trata de opiniones aparecidas con posterioridad a la publicación del texto original alemán e incluidas por primera vez en esta versión castellana.
[35] Peters, *Eckart Jb* 1961, 232.
[36] Ídem, 233.
[37] Ídem.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

crímenes eran "dirigidos desde lugares alejados al hecho" por las "altas clases sociales y económicas en una posición de poder".[38] Su ejecución ocurría "de modo sistemático y meditado" y las eventuales oposiciones eran eliminadas. La característica especial de estos crímenes residiría, según *Peters*, en que "entre el momento desencadenante del hecho y el hecho mismo" se intercalaba una "reflexión", esto es, "ponderación, cálculo, previsibilidad y dominio del suceso".[39]

Por otra parte, para *Peters* el crimen ideológico se caracterizaría además por el gran número de víctimas y de posibles autores,[40] arraigándose en el "entero espacio social".[41] Por ello, en su opinión, se habría de partir de la "co-solidaridad de otros, innumerables, hombres", quienes sin embargo no serían automáticamente co-responsables jurídicopenalmente. Más bien, la "co-solidaridad" plantearía complejos problemas de delimitación entre la responsabilidad (solamente) moral y la que (ya) es penal. La comisión de crímenes de masa implicaría una "cadena de acción" –que conduce directamente al hecho y está en conexión con éste–, en la cual intervendrían muchas personas.[42] Junto a las personas que han ideado y guiado intelectualmente los crímenes, existirían "órganos ejecutivos con mayor o menor autorresponsabilidad".[43] Quien participa "dando órdenes y dirigiendo" sería, para *Peters*, autor, sin importar el rango que ocupa. Por el contrario, la "gran cantidad de subordinados o de participantes marginales" serían punibles como cómplices. Precisamente la intervención de un "sinnúmero de personas decentes y [normalmente] respetuosas del derecho", plantearía también la cuestión de la culpabilidad moral de todos los miembros de la sociedad.[44]

2. Jäger: imputación individual de la conducta colectiva

En su "Studie zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität" (Estudio sobre la criminalidad de poder durante el nacionalsocialis-

[38] Ídem, 234.
[39] Ídem, 235.
[40] Ídem, 238.
[41] Ídem, 240.
[42] Ídem, pp. 240 s.
[43] Ídem, 241.
[44] Ídem, pp. 245 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mo) *Jäger* analizó, entre otras cosas, las repercusiones del *estado de necesidad por cumplimiento de una orden* sobre el reproche jurídico-penal de culpabilidad.[45] El autor llega a la conclusión de que su importancia criminológica es "esencialmente menor" de lo que con frecuencia se supone. El receptor de la orden estaría expuesto con frecuencia a una "presión psicológica fuerte, pero no exculpante". En cambio, mayor importancia se debería asignar en su opinión al estado de necesidad subjetivo por cumplimiento de una orden (estado de necesidad putativo); el problema de éste sería, sin embargo, que no se podría demostrar empíricamente con precisión. En cuanto a la *conciencia de la antijuridicidad* de los autores totalitarios, *Jäger* llega a la conclusión[46] de que si bien también puede ser demostrada en los hechos colectivos, "en muchos casos no se puede decir realmente cómo valoró el propio autor su conciencia de antijuridicidad". En todo caso, se llegaría a una cierta "individualización del problema", en el sentido de que la falta de conciencia de antijuridicidad no tendría por lo general sus "causas" en el contexto de la "época", sino en motivos "individuales". Por lo demás, se habría de reconocer "con bastante claridad" que los mismos criminales principales no habrían atribuido a las órdenes de exterminio "ningún significado de naturaleza jurídica, legalizante", sino que "eran absolutamente conscientes" de su antijuridicidad, aunque las hayan considerado ideológicamente justificadas.

En un artículo posterior *Jäger*[47] advierte –probablemente por primera vez– sobre los presuntos límites del derecho penal orientado al injusto personal en caso de crímenes colectivos, sin extraer de ello, sin embargo, la consecuencia de una incompetencia jurídico-penal. Más bien, el "análisis microscópico de la conducta individual" propia del derecho penal, pone en evidencia justamente "la dimensión personal del injusto colectivo". Tampoco el terror colectivo sería para este autor "simplemente una catástrofe natural", sino que se compondría "de actos individuales criminales de lo más diferentes, con frecuecia co-controlados por impulsos personales al hecho".

En un trabajo del año 1980 *Jäger*[48] llamó la atención sobre dos particularidades de los "crímenes colectivos": los cambios colecti-

[45] Jäger, *Verbrechen* (1982), pp. 83 ss. (158-160).
[46] Idem, pp. 166 ss. (pp. 324 s.).
[47] Jäger, *KJ* 1968/69, pp. 144 s.
[48] Jäger, *MschrKrim* 1980, pp. 359 s.; sobre las categorías jurídico-penales afectadas *cfr.* ídem, en la nota 3. Sobre los grupos terroristas *cfr.* Jäger, *KrimJ* 1983, pp. 131 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

vos de orientación del valor moral ligados a estos crímenes y la importancia especial de las influencias situacionales, de las condiciones externas de acción y de las fuerzas de adaptación de la dinámica de grupos. Éstas hacían difícil la "imputabilidad individual" de estos crímenes desde el punto de vista objetivo y subjetivo, pues "el particular no puede responder por la dimensión total de los daños causados colectivamente y con frecuencia su aporte individual al resultado no puede ser aislado suficientemente". Con ello, *Jäger* advierte también –en cuanto se conoce por primera vez– acerca de las posibles repercusiones de la comisión colectiva sobre el reproche individual de culpabilidad. Sin embargo, él sostiene que los problemas de imputación mencionados no deberían conducir "a pasar completamente por alto la dimensión individual de la conducta colectiva o a considerarla de todos modos como no esencial", sino que, por el contrario, ésta debería ser puesta en evidencia,[49] pues "también los crímenes colectivos no son otra cosa que crímenes individuales en lo colectivo". Las usuales "teorías de justificación y técnicas de neutralización" luego de la comisión de tales crímenes no sólo tienen el "significado de autoexoneración a posteriori", sino que precederían a la conducta criminal, le allanarían psicológicamente el camino y de esa forma la posibilitarían".[50] Es seguro, concluye *Jäger*, "que la dimensión individual no interviene en modo irrelevante en el origen de los crímenes colectivos".[51]

Los problemas de imputación individual de crímenes colectivos fueron analizados por *Jäger* detalladamente en su monografía del año 1985, la cual sin alteraciones fue nuevamente publicada en el volumen sobre macrocriminalidad aparecido en 1989.[52] Ante todo, *Jäger* advierte nuevamente sobre el problema de la imputación individual: mientras que el injusto (objetivo) de tales hechos habría de ser afirmado sin más, la culpabilidad individual sería problemática, pues se plantearía la cuestión de "si el participante in-

[49] *Cfr.* en este sentido también Jäger, *MschrKrim* 1980, 365.
[50] Ídem, pp. 360 s. Con más detalles sobre las "condiciones y mecanismos de la neutralización", también Jäger, *Makrokriminalität* (1989), pp. 187 ss.; recientemente también Rotsch, *Teil* 1 *wistra* 1999, pp. 369 s.
[51] Jäger, *MschrKrim* 1980, p. 363. Jäger se pregunta en este contexto si, por ejemplo, la masacre de My Lai (*cfr.* Ambos, *supra* nota *, pp. 229 y ss.) se debería atribuir sólo a la situación especial de la guerra y a la ambigüedad de la situación jurídica o no también a la "liberación de 'tendencias criminales latentes'".
[52] Jäger, *Makrokriminalität* (1989), pp. 132 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dividual podría ser hecho responsable personalmente en toda su extensión por acciones que forman parte de un suceso colectivo y cuyo autor es en definitiva el colectivo y no el individuo".[53] En definitiva, *Jäger* afirma esa cuestión y separa el análisis criminológico del problema jurídico-penal de la exculpación.[54] Las transformaciones del individuo en la masa comprobadas por la *psicología de masas* tendrían como consecuencia, desde un punto de vista de dogmática penal, a lo más la *atenuación* de la pena o de la culpabilidad, pero no la *exclusión* de la culpabilidad. Según *Jäger*, la afirmación de responsabilidad penal se habría "impuesto claramente, si bien ligada a la exigencia de un juicio individualizante".[55] Por ello, para este autor sería un "malentendido fundamental" el interrogarse por una causa de exclusión de la culpabilidad, pues "la responsabilidad faltante en el sentido de una incapacidad de imputación y de culpabilidad de ningún modo es el obvio correlato normativo de aquel fenómeno psicológico, que ha sido descripto por la psicología de masas como debilitamiento o pérdida del sentimiento de responsabilidad".[56] Tampoco los procesos de *dinámica de grupos* tendrían –en contra de la opinión de *Schumacher*– un efecto exculpante.[57] De todos modos, la característica de los crímenes colectivos sería, en su opinión, que "la conducta individual no se determina en primera línea por motivos relacionados con el hecho, sino por motivos de dinámica de grupos".[58] Esto podría tener efectos especialmente en el actuar en cumplimiento de una orden.[59] Así, habría sido advertido por *Hofstätter* que más bien en el marco de una guerra que en tiempos de paz se cumplirían órdenes que representan crímenes de guerra.[60] Como mecanismos de disminución de la inhibición entrarían en consideración la distancia espacial de la ejecución del hecho procurada por medio de la técnica y la distancia social.[61] Sin embargo, la consideración de los efectos

[53] Ídem, p. 133.
[54] Ídem, p. 136.
[55] Ídem, pp. 136 ss. (143).
[56] Ídem, p. 146. Expresamente contra Le Bon (pp. 144 ss.).
[57] Ídem, pp. 146 ss. Recientemente sobre la dinámica de grupos, ver también Rotsch, *Teil 1 wistra* 1999, pp. 368 s.
[58] Jäger, *Makrokriminalität* (1989), p. 152.
[59] Ídem, p. 164.
[60] Ídem, p. 166.
[61] Ídem, pp. 166 ss., 168: la "distancia... neutraliza el sentimiento moral".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de la dinámica de grupos en el juicio penal de culpabilidad habría sido rechazada por la dogmática penal por ser "problemática" e "ilimitada"[62] y solamente *Jakobs* se habría ocupado sustancialmente del tema (sobre esto, se volverá pronto). Desde una perspectiva empírica *Jäger* expresa que tendría que concluirse que los efectos de la dinámica de grupos no conducirían a trastornos de la conciencia en el sentido de los §§ 20 y 21 del StGB* y, por consecuencia, sólo podrían ser considerados *de lege ferenda*.[63] Si bien es cierto, argumenta, que se podrían divisar algunos "defectos de socialización" específicos de los grupos como "causas del delito criminológicamente significativas", por ejemplo, la sujeción al Estado o a otro colectivo, ellas no deberían ser privilegiadas, sin embargo, por la vía de la exculpación.[64] En definitiva, la imputabilidad individual dependería de la medida en que se puedan reconocer "efectos y rastros de tendencias, motivos e impulsos individuales" en las acciones colectivas, esto es, pasarían a segundo plano los modelos de acción "ajenos de personalidad" inmanentes a la comisión colectiva del hecho.[65]

Los problemas mencionados en relación con la imputabilidad individual, aunque luego de la opinión de *Jäger*[66] del año 1988 representan un problema jurídico-penal, no constituyen, empero, un "obstáculo" criminológico para una más precisa investigación de los hechos colectivos.[67] Una investigación de este tipo tendría que descubrir especialmente las "condiciones individuales de socialización" de tales hechos y reaccionar contra el "malentendido" de concebirlos "precipitadamente" como "puros actos de ejecución instrumentales, ajenos de personalidad".[68] La criminología se debería ocupar justamente de la "microesfera en la macrocriminalidad", es decir, de la conducta individual.[69] Ello, pues también los sistemas totalitarios

[62] Ídem, pp. 173, especialmente con referencia a Lackner y Jakobs; *cfr.* también ya ídem, pp. 147.

* N. del T. El § 20 del *StGB* se refiere a la incapacidad de culpabilidad por peturbaciones mentales *(Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen)*; el § 21 *StGB* regula la facultad de atenuación de pena para los casos de capacidad de culpabilidad disminuida (*verminderte Schuldfähigkeit*).

[63] Ídem, pp. 178 s.
[64] Ídem, pp. 179 s.
[65] Ídem, p. 181.
[66] Jäger, *StV* 1988, pp. 172 ss. (175-7).
[67] Ídem, 175.
[68] Ídem, 176.
[69] Ídem, 177.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se compondrían de "la conducta del individuo, coordinada en mayor o menor medida", lo que impediría la caracterización del actuar colectivo como "un suceso ampliamente despersonalizado".

En relación con la creación del ICTY[70] *Jäger* reiteró su opinión en el sentido de que la función principal de la imputación individual sería la de hacer "visible" la "re-transformación de una ruedecilla en una persona" *(H. Arendt)* a través del aislamiento de la parte individualizable del crimen.[71] En este sentido, el derecho penal colaboraría –complementando a la ciencia política y a la historia– a "revisar y corregir nuestros hábitos de atribución", mediante la constatación de la aportación individual al hecho. La contribución del individuo no quedaría absorbida, por así decirlo, en el hecho colectivo, y, en consecuencia, no fracasaría una responsabilidad individual. Para *Jäger* sería incluso cuestionable si el autor individual 'normal' con sus déficit de socialización no estaría expuesto a "presiones e influencias con efectos más potentes" que el "detentador del poder o alto funcionario que desencadena una masacre" o, así se debe completar, que los ejecutores individuales de tales masacres.

En el año 1995 *Jäger* ha nuevamente clarificado su comprensión del concepto de macrocriminalidad como "comportamientos conforme al sistema y adaptados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva".[72] A pesar de los conocidos problemas en cuanto a la imputabilidad de tales crímenes,[73] el autor sigue aferrándose a la atribución individual de culpabilidad y se expresa en contra del "derecho penal del sistema" *("System-Strafrecht")* propuesto por *Lampe*.[74] Aunque se pueda sostener, argumenta *Jäger*, que ya la pertenencia a un régimen criminal significa un injusto, tal opinión acabaría en una punibilidad fundada en la mera pertenencia a la organización, sin considerar los propios crímenes cometidos dentro de la organización. Ya por este motivo, el "regreso a las atribuciones de culpabilidad colectiva" no representaría una salida a las dificultades de la imputación individual. Las "acciones penales" de la comunidad internacional contra los regímenes ilícitos, aunque posiblemente legítimas, no tendrían "nada que ver con el derecho penal internacional, y con la pena, en el mejor de los casos, sólo compartirían el nombre". Además, ellas mismas podrían derivar sencilla y "repentinamente en un injusto macrocriminal". Tampoco la dimensión política de tales crímenes prohibiría la atribución individual de culpabilidad.[75] Su presupuesto no podría ser que se haya actuado de acuerdo a derecho en el entorno del autor, pues de lo contrario se exoneraría de responsabilidad penal justamente a los autores de macrocrímenes. De hecho, la macrocriminalidad habría sido "atribuida" en la praxis judicial, habiéndose arribado en un número no pequeño de casos "a una sanción y 'criminalización'".[76] Según todo lo expuesto, para este autor el objetivo del derecho penal internacional sería, *inter alia*, "identificar y hacer visible la responsabilidad individual".[77] Sin embargo, como parte del derecho criminal, el derecho penal internacional serviría además a "la solución de conflictos" y, para ello, la pena no sería siempre el medio adecuado.[78]

En su trabajo más reciente *Jäger*[79] reitera nuevamente su opinión de que –a pesar de los problemas mencionados– también en los macrocrímenes (políticos) el individuo podría ser el destinatario de la imputación de las normas jurídico-penales.[80] Él se ocupa ahora con más profundidad del "derecho penal del sistema"[81] elaborado por *Lampe*, no viendo allí ninguna solución de los problemas esenciales de imputación.[82] *Jäger* insiste en que sólo el derecho penal clásico individual podría hacer visible los macroacontecimientos destructivos[83] y, por tal razón, sería preferible a una mera responsabilidad colectiva.

[70] *Cfr.* Ambos, *supra* nota *, pp. 259 y ss.
[71] Jäger, *KritV* 1993, 262-4.
[72] Jäger, en Hankel/Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), p. 327, también 331. *Cfr.* sobre el concepto, también ya Ambos, *Parte general* (2005), pp. 44 y ss., con otras referencias.
[73] Jäger, en Hankel/Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), p. 329.
[74] Ídem, p. 330, refiriéndose a un manuscrito de una conferencia de Lampe en aquel entonces aún no publicado (ahora en *ZStW* 1994, pp. 683 ss.; ver también, *infra*, nota 81).
[75] Jäger, en Hankel/Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), pp. 331 s.
[76] Ídem, pp. 337 s.
[77] Ídem, p. 348.
[78] Ídem, pp. 349 s.
[79] Jäger, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pp. 122 ss.
[80] Ídem, pp. 125, 129.
[81] Lampe, *ZStW* 1994, pp. 683 ss. (al respecto, para mayores detalles *infra*).
[82] Jäger, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pp. 130 ss.
[83] Nuevamente ídem, pp. 137 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3. JAKOBS: EXONERACIÓN DEL AUTOR, RESPONSABILIZACIÓN DE LOS HOMBRES DE ATRÁS O DEL SISTEMA

Jakobs analiza el problema de la repercusión de determinados diagnósticos psíquicos (costumbre, defectos de socialización y vínculos de la dinámica de grupos) sobre la culpabilidad bajo la óptica de la relación entre "hecho psíquico y norma".[84] Este autor parte de un concepto funcional de culpabilidad, que coloca el concepto de capacidad (para la comprensión del injusto) en un "contexto funcional". La capacidad *("Fähigkeit")* tendría que ser concebida no en el sentido psicológico de "poder" *("Können")*, sino normativamente como "competencia" *("Zuständigkeit")*. Se debería construir un "equilibrio" entre el "individuo afectado psíquicamente" y la "sociedad necesitada de normas garantizadas". La afectación individual del autor sería sólo "un lado de la estructura a equilibrar"; del otro lado debería ser garantizada la "vigencia de las normas". Por ello, la exoneración individual de culpabilidad debería ser en todo caso "socialmente aceptable". Sólo bajo esta condición podría resolverse el conflicto en cuestión "de un modo diferente que el de la imputación del autor".[85]

En cuanto concierne a las repercusiones de los diagnósticos psíquicos mencionados sobre la culpabilidad, aquí son de interés las reflexiones de *Jakobs* sobre los defectos de socialización y los vínculos de la dinámica de grupos. En el primer supuesto, *Jakobs* se refiere a modo de ejemplo a la sentencia del BGH en el caso Stachynski, en la cual, como es sabido, el autor directo (agente S.) fue caracterizado solamente como cómplice y los hombres de atrás (de la KGB) como autores principales.[86] *Jakobs* ve en ello "una aplicación del § 21 del StGB* transpuesta a las categorías dogmáticas de la doctrina de la intervención" al hecho en favor del autor directo.[87] Su exoneración tendría lugar "exactamente a cambio de una responsabilización reforzada de los hombres de atrás".[88] Por

[84] Jakobs, en Göppinger/Bresser (editores), *Sozialtherapie* (1982), pp. 127 ss.
[85] Jakobs, en Göppinger/Bresser (editores), *Sozialtherapie* (1982), pp. 128 s.
[86] *BGHSt* 18, pp. 87 ss.; Jakobs, en: Göppinger/Bresser (editores), *Sozialtherapie* (1982), pp. 133 ss.
* N. del T. El § 21 *StGB* regula la facultad de atenuación de pena para los casos de capacidad de culpabilidad disminuida (*verminderte Schuldfähigkeit*).
[87] Ídem, p. 133.
[88] Ídem, p. 134 (resaltado en el original).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tanto, no se renuncia a la resolución del conflicto a través de la imputación, sino que sólo se la desplaza a un nivel más alto. Se puede hablar de una *imputación compensatoria a cuenta de los hombres de atrás.* Para *Jakobs* se reconoce con ello el "defecto como diagnóstico psicológico, sin debilitar la garantía de la norma".[89] Sólo por ello sería admisible la atenuación fáctica de la culpabilidad de *Stachynski.* La causalidad de un diagnóstico psicológico no diría *per se* nada sobre la culpabilidad o falta de culpabilidad; una causa exoneraría sólo en caso de que el autor no sea "competente" por ella. Esto puede ocurrir solamente si existe otro camino para la elaboración de la causa, por ejemplo, como en el caso *Stachinsky,* mediante la "responsabilización de otro sistema en lugar del autor".[90] De este modo, también sería posible en principio atribuir los hechos en un sistema injusto al mismo sistema y eliminar al respecto la competencia del autor. Ciertamente, esto presupondría una distancia respecto del régimen ilícito en cuestión, que posibilite "separar en el sistema las fuerzas de ese sistema de los titulares... del dominio".[91]

De modo similar argumenta *Jakobs* respecto de la cuestión relativa a la medida en que los vínculos de la dinámica de grupos pueden repercutir sobre el juicio de culpabilidad.[92] La cuestión decisiva sería la de a quién se podría atribuir el riesgo de un "accidente de dinámica de grupos" *(Schumacher)*: a la sociedad o a los miembros del grupo. Al respecto, para la resolución del conflicto quedaría sólo la imputación de los miembros individuales del grupo. Éstos seguirían siendo "competentes" –a pesar de las afectaciones (psíquicas) individuales– por su propia situación de coacción.

Jakobs se ocupa siempre del problema de a costa de quién se puede solucionar un conflicto determinado. La respuesta dependería de la resolución de la cuestión de quién es "competente" por el conflicto y, por tanto, según criterios normativos y no meramente psicológicos: "Para una supresión o atenuación de la culpabilidad el autor debe poder ser distanciado del impulso [al hecho]; él no tiene que ser competente por el impulso".[93] En una prosecución consecuente de este punto de vista, también con relación a

[89] Ídem, p. 134.
[90] Ídem, p. 135.
[91] Ídem, pp. 135 s.
[92] Ídem, pp. 136 s.
[93] Ídem, p. 137.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

los hechos ilícitos de la DDR, Jakobs ha reducido funcionalmente la responsabilidad individual de los autores –como "vainas personales rellenas con la sangre del sistema respectivo"[94]–, resolviendo el conflicto a costa del sistema político, de la "política miserable".[95] Con esto, él sólo ha aprovechado sus argumentaciones vertidas con anterioridad.[96]

4. Lampe: derecho penal del sistema como complemento de la responsabilidad individual

Lampe intenta desarrollar una teoría del injusto de sistema y de la responsabilidad dentro de sistemas injustos, porque las categorías fundamentales de la dogmática penal que se utilizaron hasta ahora estarían hechas solamente a la medida del autor individual y serían demasiado "simples" para comprender adecuadamente el injusto de los sistemas injustos.[97] La "dogmática de las *acciones* injustas" necesitaría, por consiguiente, un complemento mediante la "dogmática de los *sistemas* injustos".[98] Con este término se habrían de entender las "relaciones de personas organizadas hacia objetivos ilícitos", a saber, sistemas criminales simples (grupos pequeños, especialmente la coautoría) y sistemas criminales constituidos (asociaciones criminales, empresas comerciales y el Estado).[99]

En nuestro contexto se trata del caso mencionado en último término. A saber, de "formas estatales o Estados criminalmente pervertidos", es decir, Estados o instituciones estatales cuyos "funcionarios cometen delitos que son la expresión de la filosofía del Estado o que son provocados o favorecidos por medio de una falta consciente de controles jurídicos".[100] Aquí no se trataría, por otra parte, del injusto del propio sistema,[101] sino de la responsabilidad penal *dentro* del sistema.[102] En este sentido Lampe se remite solamente a la teoría de

[94] Jakobs, en Isensee (editor), *Vergangenheitsbewältigung* (1992), p. 42.
[95] Ídem, p. 56.
[96] *Cfr. supra*, nota 91 y en el texto.
[97] Lampe, *ZStW* 1994, pp. 683, 685 s.
[98] Ídem, p. 687.
[99] Ídem, pp. 688 ss., 693 ss.
[100] *Cfr.* ídem, pp. 700 ss. (p. 702).
[101] *Cfr.* ídem, pp. 702 ss. (pp. 713 ss.).
[102] Ídem, pp. 716 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Roxin del dominio por organización,[103] dedicándose luego –otra vez– a la responsabilidad penal del sistema injusto como tal.[104] Así, su verdadero objetivo es la responsabilidad colectiva; pero ésta no debe desplazar, por lo visto, la responsabilidad individual de un miembro de un sistema injusto, sino sólo completarla. En todo caso, *Lampe* reconoce la "autorresponsabilidad" de los miembros de una asociación criminal.[105] En cuanto concierne a los Estados, aunque *Lampe* considera dominante el punto de vista que afirma la responsabilidad penal individual, no lo comparte, ya que en su opinión sería "injusto": "pues una pena que sólo alcanza a personas no expía el injusto del sistema que provocó los crímenes y que, para ello, se procuró de asistentes".[106] En su opinión, se correspondería, más bien, con la idea de justicia que la pena se dirigiese en primera línea contra el sistema y en ello no se perjudicaría la justicia si ante todo fuera alcanzada la población.[107] Por otra parte, la mayor cantidad posible de inocentes deberían ser exceptuados de la "responsabilidad de consecuencia".[108] Si bien existirían reparos, especialmente de índole práctica, en contra de tal responsabilidad colectiva, éstos serían para *Lampe* "de poca importancia"[109] en vista de la injustica y los problemas de la persecución penal individual. Así, sería "casi ilusorio" comprender en términos probatorios el injusto individual "dentro de la red de la criminalidad organizada por el Estado".[110] De todos modos, existiría también una "responsabilidad de los funcionarios" del sistema desde un doble punto de vista: "por el injusto de sistema, al cual ellos tomaron parte en virtud de su posición en el aparato de poder, y por su propio injusto personal de acción".[111] En el primer caso, los miembros de un sistema injusto serían responsables por los crímenes de éste "cuando ellos, debido a su posición de dirigencia, eran competentes por la organización de los crímenes o por su preparación ideológica".[112]

[103] Ídem, pp. 721 s., 743.
[104] Ídem, pp. 722 ss.
[105] Ídem, pp. 726 s.
[106] Ídem, pp. 735 ss. (p. 738).
[107] Ídem, p. 739.
[108] Ídem, p. 740.
[109] Ídem, pp. 740 s.
[110] Sobre la problemática de la prueba en los procesos de Nuremberg *cfr.*, por ejemplo Dodd, *JCLC&PS* 1946/47, pp. 357 ss.
[111] Lampe, *ZStW* 1994, pp. 741 ss. (pp. 742 s.).
[112] Ídem, 745.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

5. NAUCKE: CREACIÓN Y DESARROLLO DE UNA "CUARTA VÍA DE DERECHO PENAL"

En su ya citada monografía sobre la "criminalidad reforzada por el Estado", *Naucke* ha proclamado el desarrollo de una cuarta vía de derecho penal, destinada a combatir efectivamente este tipo de criminalidad.[113] La primera vía (el puro derecho penal de un Estado de Derecho)[114] sería, en su opinión –a causa de su conocida sujeción al derecho positivo y del límite de la prohibición de retroactividad–, demasiado limitada para esta misión.[115] Las experiencias con la segunda y tercera vía (las medidas de seguridad y corrección y el principio de "reparación en lugar de pena")[116] sugerirían "demarcar una zona del derecho penal" separada para la lucha contra la criminalidad reforzada por el Estado.[117] Los contornos de esta cuarta vía vendrían trazados por el derecho penal internacional, aunque también podrían ser construidos en los derechos nacionales. Solamente se deberían utilizar con decisión las posibilidades jurídico-penales del positivismo, por ejemplo, concentrándose en los delitos graves, reconociendo la "incompetencia" de mecanismos (fácticos) de exención de la punibilidad, tales como la prohibición de retroactividad, la prohibición de analogía y la fórmula del *princeps legibus solutus*.[118] Se trataría, con esta vía, de una "forma de pensamiento" que existía también a la época de comisión de los hechos, sólo que no podía imponerse fácticamente. Ella habría querido ser utilizada ya mientras "reina[ba]" el dictador y sería "la prueba que pone al descubierto que existe un tercer poder en el Estado". En fin, en ella estaría contenido –en consonancia con el art. 7°, CEDH y el art. 15 (2), PIDCP[119]– el derecho a sancionar la criminalidad

[113] Naucke, *Privilegierung* (1996), pp. 65 ss. (76 ss.). *Cfr.* también Naucke, *FS* Bemmann (1997), pp. 75 ss., donde reclama nuevamente complementar el derecho penal "normal", protector del Estado, con un derecho penal "que proteja frente al Estado" (p. 81). Y continúa: un "derecho penal estrictamente conforme a un Estado de derecho" no excluiría el castigo de la criminalidad de Estado, sino que éste sería "su objeto principal" (p. 84). En esencia, aprob. Hassemer, *FS BGH IV* (2000), pp. 443 s.

[114] Naucke, *Privilegierung* (1996), pp. 73 s.

[115] Ídem, p. 76.

[116] Ídem, pp. 74 s.

[117] Ídem, p. 76.

[118] Ídem, pp. 76 s.

[119] Kai Ambos.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

reforzada por el Estado, que no pudo ocurrir en el momento del hecho únicamente por motivos fácticos.[120]

Aunque *Naucke* considera de peso las críticas contra esta nueva vía fundadas en los postulados de un Estado de Derecho, en definitiva –en vista de la realidad político-criminal– no las considera decisivas.[121] Primeramente –sostiene–, las otras vías del derecho penal deberían "ser reconducidas nuevamente a un derecho penal *unificado* de reacción a la criminalidad general y rigurosamente ligado a los postulados de un Estado de Derecho".[122] La nueva cuarta vía se convertiría, así, en la segunda vía que, a largo plazo, también podría "ser reconducida en el derecho penal común": "De este modo, el debate sobre la falta de calidad, en términos de exigencias de un Estado de Derecho, de una cuarta vía del derecho penal podría ser el comienzo de la nueva construcción de un derecho penal *unificado* y rigurosamente ligado a los postulados de un Estado de Derecho".[123]

6. MARXEN: PUNTOS DE PARTIDA PARA UNA TEORÍA DEL DELITO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En un trabajo conciso, pero muy importante, *Marxen* ha invitado a la dogmática penal alemana a desarrollar una teoría del delito de derecho penal internacional.[124] Entiende por ella "un sistema de principios axiomáticos reconocidos para la comprensión conceptual del delito de derecho internacional".[125] Partiendo de la pretensión de "validez general" de la teoría alemana del derecho penal, se tendría que verificar "si la teoría general del delito podría reclamar ilimitada vigencia fáctica también en el terreno del derecho penal internacional" o si, por el contrario, sus particularidades exigirían una "teoría del delito" especial "de derecho penal internacional".[126] En este sentido, habría que enfrentarse con un

[120] Naucke, *Privilegierung* (1996), pp. 77 s.

[121] Ídem, pp. 79 ss.

[122] Ídem, p. 80 (destacado por el autor).

[123] Ídem, p. 81.

[124] *Marxen*, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pp. 220 ss. (220, 236).

[125] Ídem, p. 220.

[126] Ídem, p. 223.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"problema de gravedad" y un "problema de estructura". El *problema de gravedad* consistiría en que sólo las conductas típicas de una determinada gravedad podrían representar un crimen de derecho penal internacional.[127] Para una determinación más precisa sería necesario un concepto material de delito, el cual, según *Marxen*, no proporcionaría la doctrina nacional.

El *problema de estructura* se relacionaría con la estructura de la imputación y de los tipos penales de derecho penal internacional.[128] Para *Marxen*, del Estatuto del ICTY resultaría que sólo están comprendidos aquellos hechos que han sido cometidos "sistemáticamente", es decir, en un contexto de organización, y que, a la vez, son "específicos del sistema", esto es, que están relacionados con un sistema político determinado.[129] El problema de estructura consistiría, por tanto, en que la estructura tradicional del concepto de delito se orienta a la conducta individual y, por tal motivo, no sería apropiada para comprender la intervención al injusto sistemático. La praxis de derecho penal internacional existente, que *Marxen* toma de la sentencia de los juristas, sugeriría un "sistema de imputación" compuesto de "tres elementos y dos eslabones de comunicación":[130] El primer elemento estaría constituido por la "conducta concreta" de una persona determinada. Como segundo elemento aparecería el "contexto criminal supraindividual", por ejemplo, el programa criminal. El tercer elemento consistiría en el resultado del crimen, por ejemplo, el homicidio de determinadas personas. Los dos eslabones de comunicación establecerían la relación de imputación entre estos elementos: un individuo intervendría en el proyecto criminal total y lo conduciría al resultado del crimen. En consecuencia –según *Marxen*–, al individuo sería imputada "la intervención en un proyecto criminal total, el cual ha originado el resultado del crimen".[131] Comparada con la estructura tradicional de la imputación, esta imputación sería "móvil" "por la inserción del elemento intermedio del proyecto total"; entre la persona individual que actúa y el resultado del crimen no debería existir "ninguna comunicación directa".[132] Aunque esto recuerde la "idea de

[127] Ídem, pp. 223-6.
[128] Ídem, pp. 226-36.
[129] Ídem, p. 228.
[130] Ídem, pp. 231 s.
[131] Ídem, p. 232.
[132] Ídem, p. 233.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la conspiracy",[133] existiría una diferencia desde un doble punto de vista: la imputación de derecho penal internacional presupondría que se produzca un resultado del crimen y que el individuo lo conozca. Un análisis minucioso de este problema de estructura, así continúa *Marxen*, conduciría a descubrir paralelos entre la dogmática nacional y aquella de derecho penal internacional. Estos paralelos ya se han dejado ver en las soluciones propuestas por la dogmática nacional en relación con la intervención en el injusto colectivo, especialmente en el injusto de sistema, por ejemplo, en la teoría del dominio por organización.[134]

7. Resumen valorativo

El estado de la discusión se puede resumir en cuatro reconocimientos.

En primer lugar, es generalmente reconocido que también los hechos colectivos se componen de partes individuales distinguibles. Esto ya fue constatado por *Peters* y luego demostrado con más detalles por *Jäger*. Este autor habla convincentemente de la "dimensión individual" y "personal" del injusto colectivo (1968/69, 1980, 1985/89), de la "conducta coordinada del individuo" (1988), de la "retransformación... en una persona" (1993) –siguiendo aquí a *Hannah Arendt*– o simplemente de la "responsabilidad individual" que debería hacerse visible (1995, 1998). También la criminología general[135] y los otros autores aquí mencionados reconocen la dimensión individual del injusto colectivo.[136] Si bien *Lampe* –el único– considera casi "ilusoria" la demostración del injusto individual, él es refutado por las sentencias de derecho penal internacional analizadas en ese trabajo (§§ 2 – 7 vers. al., resumidamente aquí en § 2).

[133] *Cfr.* al respecto, ya Ambos, *Parte general* (2005), pp. 80 y s., 137, donde se ha constatado una pérdida de importancia de la *conspiracy*. Con anticipación Marxen había observado que la imputación sobre la base de la "idea de la *conspiracy*" se apoyaría en una "complicada" vinculación con las tradicionales formas de imputación continental europeas (ídem, p. 231).
[134] Ídem, pp. 234 s. *Cfr.* en este sentido también las cuestiones planteadas por Heine, *JZ* 2000, pp. 920 ss.
[135] *Cfr.* Kaiser, *Kriminologie* (1996), p. 432, en donde se expresa que también los sistemas se compondrían con el actuar del individuo.
[136] *Cfr.* también Werle, *ZStW* 1997, pp. 822 s., quien resalta el efecto pacificador de los procesos penales internacionales, en los cuales se reconoce el pasado injusto y se individualiza la culpa.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El *segundo* reconocimiento, que asimismo se atribuye a *Jäger* (1985/89), es que los efectos de la dinámica de grupos y de los procesos de psicología de masas no tienen en el marco del injusto colectivo ninguna otra repercusión sobre el reproche jurídico-penal de culpabilidad que la mera atenuación de la culpabilidad. En conclusión, se puede constatar que la imputabilidad individual depende, en definitiva, de la medida en que en las acciones colectivas se puedan reconocer "efectos y rastros de tendencias, motivos e impulsos individuales", dando un paso atrás, por tanto, los modelos de acción "ajenos de personalidad" inmanentes a la comisión colectiva del hecho.[137] También el concepto funcionalista de culpabilidad de *Jakobs* conduce sólo en casos de excepción a una exoneración del individuo, a saber, sólo cuando el conflicto originado por la comisión de un delito puede ser solucionado a costa del colectivo o del sistema injusto. Más arriba he designado esto como "imputación compensatoria". Tal "concepto funcionalista de autor" es, sin embargo, poco convincente, pues exonera al individuo, incluso al hombre de atrás, de toda responsabilidad penal a costa de un "sistema" cuya noción es prácticamente inaferrable. Como correctamente ha expresado *Jäger*, este sistema se basa en un "estereotipo del autor funcionalizado que actúa sin una motivación propia" y, de este modo, en una concepción que en su polarización no es sostenible empíricamente, ni deseable desde un punto de vista político-criminal: "Pues ni 'sistemas', ni 'ruedecillas' o 'envoltorios personales' pueden seriamente ser responsables de algo".[138] Aunque la crítica de *Jäger* no se corresponde más, por su generalidad, con el estado actual de la discusión sobre la responsabilidad de sistemas o colectivos,[139] ella es acertada, sin embargo, en cuanto a que el actuar en el sistema no puede ser, por sí solo, un motivo suficiente para una exculpación. De este modo, el concepto de autor funcional significa en última instancia un rechazo a un consecuente derecho penal de culpabilidad. También *Lampe* rechaza el, por él llamado, "concepto estatal del derecho" de Jakobs: la voluntad estatal que se pusiera en contra de principios del derecho elementales no podría reclamar

[137] Jäger, *Makrokriminalität* (1989), p. 181.
[138] Jäger, en Hankel/Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), pp. 333 s.
[139] *Cfr.* S/S-Cramer/Heine (2001), previamente a los §§ 25 ss., nm. 130 con referencias.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

vigencia normativa y, por tal motivo, no sería una condición suficiente ni necesaria para el derecho.[140]

Por lo demás, el concepto de culpabilidad de *Jakobs* tiene que ser rechazado ya por las consideraciones fundamentales mencionadas en *otro lugar*.[141] En nuestro contexto, resulta de interés la crítica de *Jäger* a las reflexiones de Jakobs antes expuestas sobre la relación entre hecho psíquico y norma. Según la opinión de *Jäger*, la regulación legal del § 20 del StGB "no deja espacio para una reinterpretación puramente normativa del... concepto de 'capacidad', el cual claramente se tiene que entender en sentido 'psicológico'".[142] Sustancialmente, la interpretación de Jakobs acabaría "en una repatriación de ese elemento de la capacidad de culpabilidad que trasciende al universo conceptual del derecho al ámbito exclusivo de disposición de la ciencia del derecho" y, con ello, "en un reparto de los intereses sociales e individuales que, de antemano, no dejaría ninguna chance al individuo con afectaciones (psíquicas)". Frente a la necesidad de garantizar la vigencia de la norma, el individuo quedaría relegado "completamente a un segundo plano", a menos que no se encontrara "un destinatario sustituto de la imputación". El derecho penal de culpabilidad se convertiría, con ello, en un mero "derecho penal de ficción". Las posibles consecuencias de determinados diagnósticos psíquicos en el ámbito de la macrocriminalidad se encontrarían "bloqueadas y recortadas de antemano con la alusión a la prioridad de la vigencia y de la afirmación de la norma". A pesar de esta crítica –fundamentalmente correcta– no puede pasarse por alto que la concepción *jakobsiana*, como recién se ha expuesto, puede conducir también a la *exoneración* del individuo y a la *responsabilización* del sistema. Aunque por las razones esgrimidas esto no sea convincente, sirve de todas maneras para refutar en cierto modo el reproche de *Jäger* de que *Jakobs* no dejaría "de antemano ninguna chance" al individuo.

El tercer reconocimiento concierne al intento de Lampe de desarrollar un "derecho penal del sistema". Ante todo, el modelo de la responsabilidad colectiva ligado a este sistema no sustituye a la responsabilidad individual, sino que sólo debe complementarla.[143] Las

[140] Lampe, *ZStW* 1994, p. 710.
[141] *Cfr.* Ambos, *Parte general* (2005), pp. 51 y ss.
[142] Jäger, *Makrokriminalität* (1989), pp. 176 s.
[143] En favor de una responsabilidad *concurrente* de las personas jurídicas, también Heine, *Verantwortlichkeit* (1995), pp. 269, 308.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

objeciones fácticas de *Lampe* en contra de la comprobación de la responsabilidad individual son refutadas, como ya se ha dicho, por la praxis de derecho penal internacional. Este autor reconoce, además, la responsabilidad penal de los "funcionarios" de un sistema injusto desde un doble punto de vista: por su participación en el sistema injusto y por su injusto personal de acción. En cuanto concierne ahora al mismo modelo de Lampe, ha sido nuevamente *Jäger* quien ha presentado las objeciones fundamentales en su contra.[144] En mi opinión, este modelo parte ya de una premisa falsa, a saber, la de la culpa colectiva de un pueblo por los crímenes de la dirección de su Estado. Sólo quien comparte esta premisa puede sostener, como *Lampe*, que la justicia no se perjudicaría si se alcanzara "ante todo a la población".[145] Una mera responsabilidad colectiva contradiría también, y justamente, uno de los objetivos principales de la utilización del derecho penal individual en contra del injusto colectivo, tal como ha sido formulado en el primer reconocimiento, a saber, *el hacer visible los macrosucesos destructivos.*[146] Todos estos reparos no deben poner en duda, sin embargo, el sentido de las reflexiones sobre la adecuada consideración del lado colectivo del injusto de derecho penal internacional.[147] Ellos pretenden solamente evidenciar que ninguno de estos caminos conduce directamente al desarrollo de reglas para la responsabilidad individual; de allí, que no se pone en discusión el desarrollo de reglas *paralelas* sobre la responsabilidad estatal o colectiva.[148]

De la praxis existente de derecho penal internacional *Marxen* ha desarrollado –en cierto modo como *cuarto* reconocimiento– una "relación de imputación... de tres elementos y dos eslabones de comunicación". De este modo, el pensamiento de *Naucke* de una "cuarta vía de derecho penal" experimenta un consecuente desarrollo y una necesaria concretización en cuanto a una teoría de la imputación de derecho penal internacional. La verdadera diferencia entre la concepción de *Marxen* y la imputación individual "normal" consiste en que aquélla considera como (segundo) elemento especial el "contexto criminal supraindividual" típico de la macrocriminalidad y flexibiliza la imputación "mediante la inserción del elemento intermedio del proyecto total". En el derecho penal internacional vigente esta concepción emerge con mayor claridad en la punición de la contribución "de algún otro modo" al hecho colectivo conforme al art. 25, tercer apartado (d) del ECPI.[149] La concepción de *Marxen* se refiere, sin embargo, sólo al primer nivel de la imputación de derecho penal internacional, es decir, al nivel de la responsabilidad individual, sin considerar el de las *defences*. Desde el punto de vista metódico, es también cuestionable su limitación a la sentencia de los juristas como única fuente de derecho penal internacional.

Resumiendo y considerando *nuevas opiniones* se puede insistir en lo siguiente: La especialidad de la imputación de derecho penal internacional consiste en que los *hechos individuales* –por lo general, codificados en los ordenamientos jurídico-penales nacionales– se insertan en un hecho total (*"Gesamttat"*), el cual describe el respectivo contexto colectivo de comisión. Este punto de vista completa la desde siempre conocida imputación *individual* (*supra* I), con un elemento *colectivo*, scil. la imputación a la organización (criminal), por lo general, el Estado. Visto de este modo, se trata, por una parte, de un modelo de imputación no sólo individual, sino también "sistémico".[150] Por otra parte, es posible hablar de una *doble imputación*,[151] en el sentido de que la imputación individual y la colectiva/sistémica no se encuentran desvinculadas la una con la otra, sino que están en relación recíproca.[152] A diferencia del derecho penal nacional puramente *individual*, la existencia del *hecho total* en derecho penal internacional conduce a que la imputación en este ámbito se refiera siempre (también) a una *organización* o a un *sistema*. Considerando conjuntamente la imputación colectiva e individual, se plantea la pregunta, por un lado, acerca de la *posición o bien función de los intervinientes* en la organización en cuestión

[144] Jäger, en: Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pp. 130 ss.; también el mismo, ya en Hankel/Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), p. 330.

[145] Lampe, *ZStW* 1994, p. 739.

[146] *Cfr.* también Jäger, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pp. 137 s.; asimismo en el resultado, Hassemer, *FS BGH IV* (2000), p. 445.

[147] *Cfr.* recientemente *Vest*, *ZStW* 2001, pp. 489 ss.

[148] *Cfr.* también el art. 25 (4), *ECPI*, así como los trabajos de la *ILC* sobre la responsabilidad de los Estados (*cfr. Crawford*, *EJIL* 1999, pp. 435 ss.).

[149] *Cfr.* sobre esto Ambos, *Parte general* (2005), pp. 269 y ss.

[150] *Cfr.* aparte de Marxen (*supra* 6), Vogel, *ZStW* 114 (2002), pp. 409 s., 420 ss.

[151] Schlösser, *Verantwortlichkeit* (2004), pp. 30 ss.

[152] Aquí depende de las circunstancias del caso concreto si en primer lugar ha de efectuarse la imputación de una conducta determinada a un colectivo o a una persona natural (de otra opinión Schlösser, *Verantwortlichkeit* (2004), pp. 31, 46 s., que quiere imputar primeramente al sistema).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

y, por el otro, sobre su *contribución* al hecho total de derecho penal internacional. Ambos puntos de vista –y no por ejemplo sólo la función de la persona en cuestión dentro de la organización– deciden sobre la clasificación jurídica de la intervención; tal modelo de imputación se dirige en primera línea contra los *titulares de la decisión* de la organización respectiva, dado que sólo ellos pueden dirigir con plena responsabilidad el hecho total.[153] Con esto resulta evidente que adquieren especial importancia los *modelos de imputación normativizantes y fundados en la vigilancia*,[154] tales como se han desarrollado en la forma de la dotrina del dominio por organización y en la responsabilidad del superior. Por el contrario, la responsabilidad basada en la intervención en una "empresa criminal conjunta" *("joint criminal enterprise")* desarrollada por la reciente jurisprudencia penal internacional se presenta como una *imputación institucionalista-participatoria*[155] o *sistémica*.[156]

BIBLIOGRAFÍA

Ambos, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, Montevideo/Bogotá 2005 (Fundación Konrad Adenauer/Temis).

Bloy, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlín, 1985.

Bockelmann, Paul / Volk, Klaus, *Strafrecht. AT* 4ª edición, Munich, 1987.

[153] *Cfr.* Schlösser, *Verantwortlichkeit* (2004), pp., 33 ss. (p. 39: método de imputación funcional-social), así como pp. 46 ss., donde él se dirige especialmente contra un concepto unilateral funcional-social de autor (pp. 49 ss.). En la práctica internacional esta tendencia se ha reforzado con la *"completion strategy"* de los Tribunales Ad Hoc (ICTY y ICTR). Así el Consejo de Seguridad de la ONU demandó del ICTY concentrar sus esfuerzos a los *"most senior leaders suspected of being most responsible"* para los crímenes dentro de su competencia (*cfr.* Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/PRST/2002/21, 23 de julio de 2002; Resol. 1505 (2003), 28 de agosto de 2003, UN Doc. S/RES/1503 (2003).

[154] Sobre un modelo de imputación "fundado en la vigilancia" *("supervisionistisch")* y sobre otros (cinco) modelos de imputación *cfr.* Jung, en Eser/Huber/Cornils (editores), 1998, pp. 180 ss. (pp. 182 s.); profundizando Heine, en Eser/Yamanaka (editores), 2001, p. 101. Sobre un modelo de imputación "normativizante" y sobre otros (once) modelos de imputación *cfr. Vogel, ZStW* 114 (2002), pp. 406 ss., 419 s.

[155] *Cfr.* Jung, en Eser/Huber/Cornils (editores), 1998, pp. 183 ss.

[156] Vogel, *ZStW* 114 (2002), pp. 420 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Burgstaller, Manfred, "Normative Lehren der objektiven Zurechnung". En Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (eds./eds.), *Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven*. Helsinki, 1992, pp. 383-395.

Crawford, James, "Revising the Draft Articles on State Responsibility". *EJIL* 10 (1999), pp. 435-446.

Dodd, Thomas J., "The Nuremberg Trials". *JCLC&PS* 1946/47, pp. 357-367.

Fletcher, George, *Basic Concepts of Criminal Law*. Nueva York/Oxford (Inglaterra), 1998.

Frisch, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Mannheim, 1988.

——— "Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs". En Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), *FS für Claus Roxin*. Munich, 2001, pp. 213-237.

Gropp, Walter, *Strafrecht. AT* 2ª edición. Berlín, entre otras, 2001.

Hardwig, Werner, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*. Hamburgo, 1957.

Hassemer, Winfried, Person, "Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht". En Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*. Francfort del Meno, 1998, pp. 350-372.

——— "Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der 'Mauerschützen'-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts". En Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 *Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*. Munich, 2000, pp. 439-463.

Heine, Günter, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden, 1995.

——— "Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten". *JZ* 2000, pp. 920-926.

——— "Einführung". En Albin Eser/Keiichi Yamanaka (eds.), *Einflüsse deutschen Strafrechts auf Japan und Polen*. Baden-Baden, 2001, pp. 101-107.

Hirsch, Hans-Joachim, "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel". En *FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Colonia, entre otras, 1988, pp. 399-427.

——— "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung". En Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (eds.). *FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. Munich, 1998, pp. 119-142.

Hruschka, Joachim, *Strukturen der Zurechnung*. Berlín, 1976.

Jäger, Herbert, "Strafrecht und nationalsozialistische Gewaltverbrechen". *KJ* 1968/69, pp. 143-157.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

——— "Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen". *MschrKrim* 1980, pp. 358-365.

——— *Verbrechen unter totalitäre Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität.* Francfort del Meno, 1982 (primera edición, 1967).

——— "Entwicklungen zu abweichender Konformität und kriegsähnlichem Handeln. Rückblick auf ein Teilprojekt der Terrorismusforschung". *KrimJ* 1983, pp. 131-140.

——— "Versuch über Makrokriminalität". *StV* 1988, pp. 172-179.

——— *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt.* 1989.

——— "Menschheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzepts. Theoretische Aspekte der Einsetzung eines UN-Kriegsverbrechertribunals". *KritV* 1993, pp. 259-275.

——— Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. En Gerd Hankel/Gerhard Stuby (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen.* Hamburgo, 1995, pp. 325-354.

——— "Ist Politik kriminalisierbar?" En Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz.* Francfort del Meno, 1998, pp. 121-138.

Jakobs, Günther, "Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm". En Hans Göppinger/Paul H. Bresser (eds.), *Sozialtherapie. Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auf-fälligkeiten im Strafrecht. Bericht über die XXI. Tagung der Gesellschaft für die gesamte Kriminologie vom 8.-10. Oktober 1981 in Saarbrücken.* Stuttgart, 1982, pp. 127-142.

——— *Strafrecht. AT Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe.* 2ª edición. Berlín, entre otras, 1993 (reimpresión inalterada de la 2ª edición de 1991).

——— "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch". En Josef Isensee (ed.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem.* Berlín, 1992, pp. 37-64.

——— "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung". En Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral. Referate der Tagung der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts - und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt a.M.* Stuttgart, 2000, pp. 57-72.

Jescheck, Hans-Heinrich / *Weigend*, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. AT* 5ª edición, Berlín, 1996.

Jung, Heike, "Begründung, Abbruch und Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrerer", en Eser/Huber/Cornils (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht,* Friburgo en Brisgovia, 1998, pp. 175-197.

Kaiser, Günther, *Kriminologie.* 3ª edición. Heidelberg, 1996.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz.* 2ª reimpresión de la segunda edición que incorpora un prólogo (Tubinga, 1923), Aalen, 1984.

Köhler, Michael, "Der Begriff der Zurechnung". En Thomas Weigend/Georg Küpper (eds.), *FS für Hans Joachim Hirsch zu 70. Geburtstag am 11. April* 1999. Berlín/Nueva York, 1999, pp. 65-81.

Koriath, Heinz, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung,* Berlín, 1994.

Krauß, Detlef, *Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand.* Gotinga, 1963.

Kühl, Kristian, *Strafrecht. AT* 4ª edición. Munich, 2002.

Küpper, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik.* Berlín, 1990.

——— "Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft". *ZStW* 105 (1993), pp. 295-305.

Lampe, Ernst-Joachim, "Systemunrecht und Unrechtssysteme". *ZStW* 106 (1994), pp. 683-745; en castellano: "Injusto del sistema y sistema de injusto", en Lampe, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo,* Lima, 2003, pp. 97-179.

Lesch, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision.* Colonia, entre otras, 1999.

Lüderssen, Klaus, "Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk". En Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen.* Francfort del Meno, 1998, pp. 25-118.

Maiwald, Manfred, "Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung". En Hans-Heiner Kühne (ed.), *FS für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses.* Baden-Baden, 1995, pp. 465-482.

Marxen, Klaus, "Beteiligung an schwerem systematischem Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre". En Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz.* Francfort del Meno, 1998, pp. 220-236.

Modolell González, Juan Luis, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva.* Caracas, 2001.

Naucke, Wolfgang, *Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität,* Francfort del Meno, 1996.

——— "Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität". En Joachim Schulz/Thomas Vormbaum (eds.), *FS für Günter Bemmann.* Baden-Baden, 1997, pp. 75-85.

——— "Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der 'Mauerschützen' - Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts". En Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 *Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht.* Múnich, 2000, pp. 439-463.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Perron, Walter, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme.* Baden-Baden, 1988.

Peters, Karl, "Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozess". *Eckart Jb* 1961, pp. 229-251.

Rotsch, Thomas, *Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere. Teil 1. wistra 1999,* 321-327; *Teil 2 wistra 1999,* pp. 368-375.

Roxin, Claus, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht". En *FS für Richard M. Honig.* Gotinga, 1970, pp. 133-150.

——— "Finalität und objektive Zurechnung". En Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn/Georg Schilling/Eberhard Struensee/Diethart Zielinski (eds.), *GS für Armin Kaufmann.* Colonia, entre otras, 1989, pp. 237-251.

——— *Strafrecht. AT, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.* 3ª edición. Munich, 1997.

Schaffstein, Friedrich, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts.* 2ª reimpresión de las ediciones de 1930-1932. Aalen, 1986.

Schlösser, Jan, *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht,* Berlín, 2004.

Schönke, Adolf / Schröder, Horst, *StGB. Kommentar.* 26ª edición, realizada por Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree/Günter Heine/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben, Munich, 2001 (cit.: S/S-autor, año).

Schünemann, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte.* Gotinga, 1971.

——— "Über die objektive Zurechnung", *GA* 1999, pp. 207-229.

Vest, Hans, "Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?" *ZStW* 113 (2001), pp. 457-498.

Vogel, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten.* Berlín, 1993.

——— "Inidividuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", *ZStW* 114 (2002), pp. 403-436.

Weber, Ulrich, en Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht. AT Lehrbuch.* 11ª edición, Bielefeld, 2003.

Werle, Gerhard, "Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht", *ZStW* 109 (1997), pp. 808-829.

Wessels, Johannes / *Beulke,* Werner, *Strafrecht AT,* 33ª edición. Heidelberg, 2003.

Wolter, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem.* Berlín, 1981.

Zaczyk, Rainer, Heinz Koriath, "Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung". *(Strafrechtliche Abhandlungen,* NF, Bd. 88, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1994. 708 S.), *GA* 1997, pp. 285-288.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

EL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN SINE LEGE.* ART. 7° DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *COMMON LAW* Y LOS DISPAROS DEL MURO ALEMÁN*

La europeización del derecho (penal) presenta la hasta ahora muy poco discutida pregunta respecto de los estándares relevantes en materia de DDHH y de ese modo respecto de las fronteras del proceso de armonización jurídica a nivel europeo. Al principio de la legalidad *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* le corresponde en tal sentido una significación preponderante, ya que, al menos según su concepción teórica, debiera actuar como límite estatal y especialmente jurídico-penal. Su conceptualización jurídica a nivel europeo mediante el Art. 7° CEDDHH** descansa, sin embargo, en una conceptualización acorde al *common law* (I, II) y no alcanza el desarrollo del Art. 103 II GG. La confirmación de la jurisprudencia alemana respecto de los disparos del muro por el TEDDHH era, por ende, esperable, pero no convence en su fundamentación (III).

* Publicado originalmente en "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" *(KritV),* vol. 86 (2003), pp. 31-43. Traducción por Rodrigo Aldoney Ramírez, Becario de Investigación Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico, Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania Federal. El autor agradece a la Prof. Lorena Bachmaier (Universidad Complutense de Madrid) la revisión del texto.

**N. del T.: En lo sucesivo se abreviará la Convención Europea de Derecho Humanos con la sigla CEDDHH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la sigla TEDDHH y la Carta Fundamental de Alemania Federal con la sigla alemana GG.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

I. *COMMON LAW* Y "PRINCIPLE OF LEGALITY"

El *common law*[1] es derecho consuetudinario jurisprudencial, que se impuso desde mediados del siglo XIII frente al *county custom* local y, de ese modo, se convirtió en el derecho vigente para todos los súbditos de la corona inglesa, *"common to the free people of England"*.[2] *Common law* es entonces *"judge made law"* en base a costumbres y usos tradicionales. Los tribunales sientan o articulan *common law*, resultando difícil trazar una frontera entre creación jurídica constitutiva e interpretación declaratoria. Lo que no merece duda es que la *ratio decidendi* de las más altas decisiones jurisprudenciales despliega fuerza vinculante siguiendo la regla del *precedent*,[3] quedando, sin embargo, a menudo poca claridad respecto de cuál es el derecho vigente.

En nuestro contexto, con miras al Art. 7° CEDDHH, se tratará el derecho británico,[4] ya que Gran Bretaña (Inglaterra/Gales, Escocia e Irlanda del Norte) no sólo constituye la cuna del *common law*, sino que forma parte de la CEDDHH; ésta forma parte del derecho interno desde la Human Rights Act de 1998. Junto a ello, Gran Bretaña no cuenta hasta el día de hoy con una codificación completa del derecho penal,[5] sino que el derecho penal codificado (*statute law*) se limita a sectores parciales de la Parte General[6] y

[1] *Cfr.* Black's *Law Dictionary*, 7th edition, St. Pauls/Minn. 1999, p. 270; Osborn's *Concise Law Dictionary* (Rutherford & Bone eds.) 8ª ed. 1993, p. 77; Von Bernstorff, *Einführung in das englische Recht* 1996, p. 2; también *Boot, Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court*, 2002, p. 112, n. 130.

[2] A diferenciarse del "Derecho común" en el sentido del Derecho romano (de validez general), *cfr.* Fuller, *Anatomy of the law*, 1968, p. 85.

[3] Asimismo a nivel supranacional en la relación entre Appeals Chamber (2ª instancia) y los Trial Chambers (1ª instancia) del tribunal Ad Hoc de la ONU, *cfr. Prosecutor v. Alekovski, Judgement 24 March 2000* (IT-95-14/1-A), pará. 113. En cambio más flexible art. 21 párr. 2 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (*BGBl.* 2000 II 1393), *cfr.* Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 49 con ulteriores referencias.

[4] En ese ámbito el *common law* es una de las tres fuentes del derecho tradicional, junto a la *equity* y a la legislación (Black's, [n.1], p. 270; respecto de la *equity*, *Von Bernstorff* [n. 1], pp. 4 ss.)

[5] *Cfr.*, sin embargo, la propuesta de la *Law-Commission* Nr. 177, *Criminal Law: Criminal Code for England and Wales* (2 tomos), 1989; al respecto también Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 3ª ed., 1998, p. 7.

[6] Por ejemplo, la tentativa (Criminal Attempts Act 1981) o la participación (Accesories and Abettors Act 1861).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

preponderantemente de la Parte Especial.[7] A diferencia, el *common law* en las antiguas colonias, especialmente Estados Unidos de América, ha sido desplazado progresiva y prácticamente de manera completa por el *statute law*.[8]

Si en el *common law* al menos no se trata de un derecho legislado o codificado (*statute law*), sino que a lo sumo de fijación jurisprudencial de reglas reconocidas consuetudinariamente –por ende de derecho jurisprudencial *escriturado*[9]– parece *"necessarily retrospective in character"*[10] y entra *a limine* en conflicto al menos con la comprensión continental de la componente *lex scripta* del principio *nullum crimen*.

Al respecto sea hecha solamente la referencia, en lo que respecta al derecho internacional, a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU respecto del Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind,[11] así como el informe del Secretario General de la ONU para el establecimiento del tribunal de Yugoslavia, según los cuales las *"rules"* (penales), que son *"beyond any doubt part of costumary law"*,[12] no contrarían al principio del *nullum crimen*. En lo que respecta al derecho europeo, es jurisprudencia permanente del TEDDHH, que el concepto derecho (*"law"*) en el Art. 7° CEDDHH también abarcaría normas no escritas.[13]

[7] Según Ashworth, *Principles* (n. 5), p. 6, se produjo la *"major consolidation"* en 1861; hoy estaría la Parte Especial en su mayoría codificada (salvo, por ej., *manslaughter, murder, assault*), no obstante reglas generales de imputación, como la *intention, recklessness* y *defences (duress, intoxication, insanity)* descansan aún en el *common law*.

[8] Para los EE.UU. *cfr.* La Fave/Scott, *Criminal Law*, 2ª ed., 1986, pp. 64 ss.

[9] Si es que no se quiere entender, de todas maneras, el *case law* meramente como una comprobación de una expresión del *common law*, *cfr.* respecto de esta problemática La Fave/Scott (n. 8), p. 64, n. 3.

[10] *AT*, H. Smith, "Judicial Law Making in the Criminal Law", *LQR* 100 (1984), 46 (75), el que por ello aboga por una codificación.

[11] *Cfr.* "Fourth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind", by *Mr. Dodou Thiam*, Special Rapporteur, Dok. A(CN.4/398 (11.3.1986), en *Yearbook of the International Law Commission (YbILC)* 1986, tomo II, Parte 1ª, 1988, pp. 53, 70 ss. (pará. 163); *cfr.* respecto de la discusión al interior de la ILC: *YbILC* 1986, tomo I, pp. 122, 140, 148, 150, 154, 156, 161, 164, 177; tomo II 2, p. 50; 1988 II 2, p. 70.

[12] Así la famosa formulación del informe del Secretario General de la ONU para el establecimiento del Tribunal de Yugoslavia (Report of the Secretary General, UN-Doc. S/25704, pará. 35).

[13] *S.W. v. UK*, series A 335-b, sentencia del 27 de octubre 1995, pará. 35; *C.R. v. UK*, series A 335-c, sentencia del 27 de octubre de 1995, pará. 33; *Streletz, Kessler, Krenz v. Germany*, n. p., sentencia del 22 de marzo de 2001 (en alemán en *NJ* 2001, 261 = *EuGRZ* 2001, 210), pará. 57.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En el *common law* el principio del *nullum crimen* es, como regla, entendido (solamente) en un triple sentido como principio de irretroactividad, principio de certeza y prohibición de la analogía (*"non-retroactivity, maximum certainty and restrictive construction"*).[14] Desde una perspectiva europeo-continental, se trata de una *nullum crimen sine lege* minus *lex scripta*, si bien otros autores definen el *"principle of legality"* de modo menos sistemático.[15]

De todos modos, el principio del *nullum crimen* se ubica en el *"common law"*–aquí entendido como antónimo al *"civil law"* continental-europeo– menos bajo el concepto latín que bajo el ya mencionado concepto del *"principle of legality"* o –más aún– del *rule of law*. En Inglaterra este principio recién recibió una fundamentación legislativa con la recepción interna del Art. 7° de la CEDDHH, mediante el ya mencionado Human Rights Act de 1998, mientras que, por ej., el Art. 1° (9) cl. 3, (10) cl. 1 de la Constitución de los EE.UU. prohíbe explícitamente la creación retroactiva de tipos legales (la llamada legislación *ex post facto*).[16] En el derecho inglés no es posible desde ya tal regulación, porque allí no existe Constitución escrita.

Sin perjuicio de estas cuestiones conceptuales se presenta el problema de fondo de qué medida la tradicional competencia de la jurisprudencia, especialmente del House of Lords, en cuanto a poder establecer derecho –en el sentido del llamado *Judicial Law Making*– es posible compatibilizarla con una comprensión moderna del principio del *nullum crimen* en el sentido del Art. 7° de la CEDDHH. La pregunta se tornó relevante en el año 1961 con el caso *Shaw*,[17] el que fue acusado por haber publicado y divulgado un llamado *"Ladies Directory"*, que contenía nombres, números telefónicos e imágenes de damas para la prestación de servicios sexuales, bajo el cargo, entre otros, de una *"conspiracy to corrupt public morals"*.[18] La discusión se suscitó respecto de la posibilidad de que tal tipificación penal siquiera existiese en el *common law* o si más bien su aplicación comportaba una fundamentación retroactiva del

[14] Ashworth, LQR 107 (1991), 419 (442); el mismo, *Principles* (n. 5), p. 71.

[15] Aquí sólo nos referimos a la obra fundamental de *Raz*, quien ha definido la *Rule of Law* más bien en forma minimalística en el sentido de un sistema de derecho que sería dominado por *"rules which are fixed, knowable, and certain" (The authority of law*, 1997, pp. 212 ss.).

[16] *Cfr.* Boot, (n. 1), pp. 118 s.

[17] Antes ya, *Rex v. Manley*, 1933 1 *K.B.* 529 (1932), *cfr.* La Fave/Scott (n. 8), p. 65.

[18] *Shaw v. Director of Public Prosecutions (DPP)*, House of Lords, sentencia del 4 de mayo de 1961, *Appeal Cases (AC)* 1962, 220.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

castigo. En cuanto al resultado, los Lores siguieron la primera opinión mencionada, con lo cual se hacía patente en la argumentación que querían perseverar en el rol tradicional de la justicia como custodio de las costumbres morales (*"Custos morum of the people"*).

Así Lord Viscount Simonds negó ser un representante del Judicial Law Making, pero igualmente les atribuyó a los tribunales una *"residual power to enforce the supreme and fundamental purpose of the law, to conserve... the moral welfare of the state"* y les asignó un deber *"to guard it against attacks which maybe the more insidious because they are novel and unprepared for"*.[19] De este modo les asignó a los tribunales una competencia residual o bien de recepción para evitar vacíos de punibilidad por razones de interés público preponderante. Así, por ejemplo, no sería aceptable que con la legalización de prácticas sexuales entre hombres adultos quedara despenalizada la incitación pública a tales prácticas. En este caso no sería posible hacer referencia a un *common law* impotente; más bien tendrían los jueces la tarea de llenar los vacíos de punibilidad existentes.[20] Los demás jueces se unieron a este voto, en parte bajo la invocación de criterios públicos y reconocidos.[21] Únicamente Lord *Reid* advirtió respecto de la utilización de argumentos de *"public policy"* y abogó por dejar al Parlamento –en cuanto *"proper place"*– la decisión sobre esos juicios de valor.[22]

Diez años más tarde House of Lords, en el similar caso *Knuller*, tuvo que decidir si una revista con anuncios de hombres para la prestación de contactos homosexuales debiera ser considerada igualmente como *"conspiracy to corrupt public morals"* y como lesión de la *"public decency"*.[23] Los Lores se encontraron ahora ante el dilema de reconocer el efecto vinculante de la decisión en Shaw y en el fondo darle una legitimación ulterior o de anularla y arrogarse *nuevamente* una competencia para sentar derecho, en vez de dejar posibles cambios legales al Parlamento. Precisamente por esta razón Lord Reid, que en la decisión Shaw había sostenido una opinión minoritaria, se sintió vinculado a esta decisión.[24] Solamente Lord Diplock criticó la decisión Shaw como una *"judicial usurpation of... an exclusively legislative power"*[25] y quería revocarla como un

[19] Ibíd., pp. 267 s.

[20] Ibíd., p. 268.

[21] *Cfr.* ibíd., pp. 282 ss., 291 s., 292 s.

[22] Ibíd., pp. 272 ss. (276).

[23] Knuller *v. DPP*, sentencia del House of Lords del 14 del junio de 1971, *AC* 1973, 435.

[24] Ibíd., pp. 455 ss. (y por tal razón debiera rechazarse solamente el segundo punto de la acusación en relación con la *offence de la public defency)*.

[25] Ibíd., pp. 469 ss. (p. 479). Respecto de esta fundamental objeción también *Smith* (n. 10), pp. 67 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"Judicial Law Making" ilícito. Esta postura no fue seguida por la mayoría, pero, así y todo, ésta decidió por medio de un *obiter* que la decisión Shaw no podía ser interpretada como una competencia judicial residual para la creación o ampliación de tipos penales[26] y que un *"Judicial Law Making"* en tal sentido no sería admisible hoy en día. Sin embargo, se intentó a su vez ampliar el ámbito de interpretación de los tribunales –en cuanto al *"unravished remnants"* del *common law*–[27] mediante una relativización del *principio de certeza*.[28] Certeza en el sentido de una previsión exacta de posibles consecuencias del actuar humano no sería posible en ningún sistema de derecho. No existiría ningún procedimiento mediante el cual se pudiese predecir con absoluta precisión cuándo una persona es penalmente responsable: *"those who scate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where they may fall in"*.[29] Esta doctrina del hielo delgado fundada por Lord *Morris* fue complementada luego por Lord *Simon of Glaisdale* con su doctrina de la navegación riesgosa junto al viento: *"those who choose... to sail as close as possible to the wind inevitably run some risk"*.[30] El que, por ende, se mueve en una zona gris entre legalidad e ilegalidad y, de tal modo, se expone al riesgo de una punibilidad, sería responsable por ello y no podría invocar luego que las normas penales pertinentes lesionen el principio de certeza. Ello recuerda a la responsabilidad-*versari* del antiguo derecho canónico: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*.[31] Por lo demás, en razón de la estructuralmente parecida relativización del principio de certeza en el derecho alemán,[32] no existe motivo alguno para una arro-

[26] Knuller (n. 23), pp. 457 s., 474, 490.

[27] *Cfr.* ibíd., pp. 464 s.

[28] En cuanto al resultado, igualmente *Smith v. Donelly*, High Court of Justiciary (Escocia), sentencia del 31 de julio de 2001, 201 S.L.T. 1007, entre otros, haciendo referencia a la CEDDHH *Steel v. UK*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, Reports 1998-VII.

[29] Knuller (n. 23), p. 463. Al respecto también *Smith* (n. 10), p. 71.

[30] Knuller (n. 23), p. 488.

[31] Traducido libremente: El que comete un acto no autorizado, le es imputable todo –aun lo fortuito– lo que surge de ese acto (*cfr.* Ambos, "Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation", *GA* 2002, p. 455 con ulteriores referencias).

[32] *Cfr.*, por ej., *BVerfGE* (Tribunal Constitucional alemán, N. d. Tr.), pp. 14, 245 (251): "Las leyes serían sino demasiado rígidas y casuísticas y no podrían dar cuenta de la riqueza configurativa de la vida, la transformación de las circunstancias o las particularidades del caso concreto. Ese peligro estaría cerca si el legislador tuviese que explicar el tipo hasta el último detalle". *Cfr.* recientemente también

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

gancia europeo-continental respecto de los argumentos de *common sense* de los *Law Lores* ingleses.

Quien, por cierto, había pensado que con *Knuller* el House of Lords habría renunciado a su competencia de *Judicial Law Making*,[33] quedaría a más tardar en 1991 mejor ilustrado. Si hasta entonces sólo se había tratado de la creación de nuevos tipos penales o la ampliación de unos ya existentes, ahora se presentaba la pregunta si también una *defence*, vale decir, una causal de exoneración de responsabilidad penal (material o procesal) podía ser suprimida retroactivamente.[34] En *Regina*[35] un marido había violado a su mujer después de la separación física, pero antes de haberse iniciado el proceso formal de divorcio. Los Lores debían decidir si la regla de *common law* que se remontaba al año 1736,[36] según la cual una mujer con el matrimonio consentía sin posibilidad de retractación la relación sexual con el marido, aún tenía validez. Hasta *Regina* se seguía en la jurisprudencia la concepción según la cual el marido podía invocar una *"marital immunity"*, hasta que el matrimonio fuese disuelto o se dictase un correspondiente decreto judicial. Esto no sólo se criticó vehementemente en la literatura, sino que también en un *working paper* de la *Law Commission* –bajo el significativo título, *rape within marriage*"– y se propuso abolir esta inmunidad.[37] También el House of Lords se sumó en el resultado a este parecer bajo el argumento de que el matrimonio sería, según el entendimiento actual, una relación de pareja entre personas con iguales derechos y que el *common law* habría, en tal sentido, evolucionado.[38] La pre-

Gusy, "Verfassungsfragen des Strafprozessrechts", *StV* 2002, 153 (157), según el cual el Tribunal Constitucional alemán equipararía cada vez más certeza (*Bestimmtheit*) con determinabilidad (*Bestimmbarkeit*).

[33] Así aparentemente *Smith* (n. 10), p. 56: *"judges will not now expressly claim a power to create new offences"*. *Cfr.*, sin embargo, la siguiente nota.

[34] Se discutió hasta entonces a lo sumo la creación retroactiva de *defences*. Lo que en sí no es problemático, porque actúa en favor del autor, *cfr.* Smith (n. 10), pp. 63 ss.

[35] *R v. R*, sentencia del 23 de octubre de 1991, *AC* 1992, p. 599.

[36] *Sir Matthew Hale CJ, History of the Pleas of the Crown: "but the husband can not be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife, for by their matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract"* (citado según *S.W. v. UK* [n. 13], pará. 10).

[37] *Cfr. Law Commission*, "Rape within marriage", working paper 116, par. 5.2.

[38] *R v. R* (n. 35), p. 616.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

gunta decisiva sería por ello si al momento del hecho aún existía un consentimiento de la mujer hacia la relación sexual; esto constituiría meramente una cuestión de prueba.[39]

Otro problema consistía, empero, en que el legislador del año 1976 había definido la violación como *"unlawful sexual intercourse"*,[40] lo que fue interpretado por algunos en el sentido de que la relación sexual forzada sólo podía ser punible como violación *fuera del matrimonio.* Los Lores consideraron, en cambio, el término *"unlawful"* como superfluo; el término, al menos, no podía evitar la necesaria eliminación de una *"common law fiction"*.[41] Esta argumentación orientada hacia el resultado, por cierto, no se compatibiliza en absoluto con la circunstancia de que el legislador del año 1994[42] eliminó de la definición de la violación la palabra *"unlawful"* para aclarar definitivamente que sólo importa el consentimiento de la víctima.[43]

En el derecho alemán existía, como es sabido, el mismo problema respecto de la coacción sexual, por cuanto ésta sólo era punible –según el derecho antiguo (§ 178 StGB*** versión antigua) hasta su modificación en el año 1997–[44] en caso de comisión "extramarital", por lo que un castigo de una coacción intramarital fallaba, acorde al § 178 antigua versión, por el principio *nullum crimen.*

Aun cuando no se quiera entender el *"marital immunity"* inglés como causal de atipicidad en caso de violación marital, de todos modos su eliminación retroactiva afecta la punibilidad de un comportamiento, que según el *common law* al menos al momento de la realización del hecho no podía ser castigado. Ya habría sido tarea del legislador del año 1976 –no recién del año 1994– establecer claramente mediante la eliminación de la palabra *"unlawful"*, que a falta de consentimiento se realiza el tipo de la violación.[45] Tampoco una comprensión subjetivizada del principio *nullum crimen* en

[39] Ibíd., pp. 617 s.

[40] *"...with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it"* (sección 1, párr. 1, Sexual Offenses *(Amendment)* Act, 1976).

[41] *R v. R* (n. 35), pp. 621 ss. (p. 623).

*** Código Penal alemán (N. d. Tr.).

[42] Criminal Justice and Public Order Act, 1994.

[43] Igualmente Giles, "Judicial Law-Making in the Criminal Courts", etc., *CrimLR* 1992, p. 407 (p. 412).

[44] 6ª Ley de reforma penal, *BGBl.* 1997 I, 164.

[45] A favor de una solución legislativa, en cuanto al resultado, también Giles (n. 43), pp. 416 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sentido de un *fair warning*[46] para el ciudadano ayuda mayormente, ya que los maridos británicos, hasta la decisión *Regina,* se podían confiar en una práctica jurisprudencial de más de 200 años, vale decir, en un *common law* asentado y tampoco tenían, por falta de iniciativas parlamentarias, motivo para suponer una modificación legal. Igualmente claro está, desde luego –en la lógica del *common law*–, que con la decisión *Regina* una posterior invocación de un consentimiento irretractable en la relación sexual por medio del matrimonio quedaba excluido (y esto aun antes de la modificación legal del año 1994).

Bajo invocación de *Regina* se decidió acertadamente por la Court of Appeal en *Elbekkay*[47] que un consentimiento obtenido en forma subrepticia sería ineficaz, independiente si el autor se hacía pasar por esposo o sólo por amigo de la víctima. Desde luego también aquí el tribunal debió lidiar con una *statute rule* aparentemente opuesta, ya que el legislador del año 1994 sólo había regulado en la definición de la violación el caso del autor que se hace pasar por marido de la víctima y había dejado sin regulación el presente caso en que la víctima solamente mantenía una relación no matrimonial y el autor se hacía pasar por su pareja no matrimonial. La Court of Appeal, invocando el caso Regina, se sintió llamada a cerrar este vacío mediante la equiparación entre marido y pareja no matrimonial. Cuán revolucionaria fue esta decisión se aprecia, por ej., en el hecho que aun a mediados del siglo XIX la High Court escocesa, en *Fraser,*[48] estimaba también como circunstancia eximente de pena el consentimiento obtenido en forma subrepticia por el marido aparente.

Distinta era la situación en el caso de *C.* de 12 años de edad, quien fue acusado por un robo en grado de tentativa y pudo, sin embargo, invocar la llamada *"presumtion doli incapax"*, vale decir, la presunción de inimputabilidad.[49] La Court of Appeal había decidido como instancia previa que la presunción ya no era parte del *common law* y por ello había condenado a *C.* A esto se opuso el House of Lords con el argumento que un *Judicial Law Making* estaba por principio prohibido y que la supresión retroactiva de una presun-

[46] *Cfr.* Ashworth, *Principles* (n. 5), pp. 71, 74, 77; La Fave/Scott (n. 8), pp. 71, 72.

[47] *Criminal Law Review* 1995, 163.

[48] 1847 Ark 280; citado según Jones/Christie, *Criminal Law,* 2ª ed. 1996, p. 24.

[49] *C (a minor) v. DPP,* sentencia del House of Lords 16 de marzo de 1995, *AC* 1996, 1.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ción de inimputabilidad caía en las atribuciones del Parlamento. A diferencia de *Regina*, no se trataría en este caso de la eliminación de una *"common law fiction"*.[50]

Resumiendo, de la jurisprudencia expuesta se puede extraer una tendencia clara en contra de la creación de nuevos –o la ampliación de existentes– tipos penales, sin embargo, parece que la irretroactividad (aún) no se ha impuesto como protección existencial para las *defences* reconocidas en el *common law*. Además, no siempre es posible trazar claramente –ya a nivel de tipicidad– el límite entre una legislación jurisprudencial ilícita –*Judicial Law Making*– y una interpretación lícita o bien aplicación del derecho vigente a nuevos hechos,[51] como por lo demás tampoco lo es en el derecho penal internacional en relación con el derecho internacional consuetudinario.[52] Cuando se desarrollan criterios para el Judicial Law Making, como en *C*,[53] ello no significa otra cosa que en principio aún se reconoce una competencia para la creación de derecho jurisprudencial.[54] Por lo demás, en el derecho escocés aún se habla de una *"declaratory power"* de la High Court, bajo lo que se comprende no sólo la explicación o bien interpretación de delitos existentes –como permite suponer el concepto *"declaratory"*–, sino que también la creación de nuevos tipos penales.[55]

Pues bien, ¿es esta práctica compatible con el Art. 7° de la CEDDHH?

II. ART. 7° CEDDHH Y *COMMON LAW*

Mucho antes de los casos de los disparos del muro el TEDDHH tuvo que ocuparse del Art. 7° CEDDHH, específicamente en relación al principio de certeza legal y al principio de irretroactividad.[56] En el *Sunday Times v. UK*[57] se abordaba la pregunta si el *"Derecho-contempt"* inglés, mediante el cual se pretende proteger la administración de justicia de la obstrucción y ataques abusivos (también de la prensa),[58] configura una limitación lícita a la libertad de expresión en los términos del Art. 10 CEDDHH *("prescribed by law")*. El Tribunal aclaró, en primer lugar, que el concepto *"law"* debe entenderse de igual modo a lo largo de toda la Convención[59] y que también incluye al *common law*, ya que de lo contrario un Estado del *common law* quedaría fuera del ámbito de protección del Art. 10 CEDDHH y su sistema legal en sí estaría cuestionado.[60]

Por lo demás, el derecho nacional debiera ser suficientemente *accesible* y de tal modo determinado, que el ciudadano –en su caso, en razón del correspondiente consejo jurídico– esté en condiciones de *preverlo* y poder guiar su comportamiento acorde a él:

> *"...the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that it is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case... a norm cannot be regarded as 'law' unless it is formulated with a sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able –if need be with appropiate advice– to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail".*[61]

[50] Ibíd., pp. 37 s.

[51] *Cfr.* fundamental *AT* H. Smith, "Judicial Law Making in the Criminal Law", *LQR* 100 (1984), 46; *Ashworth*, "Interpreting criminal statutes", etc. *LQR* 107 (1991), p. 419; también La Fave/Scott (n. 8), p. 72; Jones/Christie (n. 48), pp. 23 ss., tomando en consideración la clásica crítica de Lord Cockburn.

[52] *Cfr.* ya n. 12 y el texto correspondiente. Desde luego no siempre es fácil determinar cuáles normas en concreto son reconocidas por la costumbre internacional, de modo que la delimitación entre creación de normas penales y la aplicación de derecho internacional consuetudinario existente resulta difícil.

[53] *C vs. DPP* (n.), p. 28 (Lord Lowry).

[54] Crítico también Ashworth, *Principles* (n. 5), p. 73.

[55] Jones/Christie, pp. 18 ss.; también Ashworth, *Principles* (n. 5), p. 72.

[56] Resumiendo la jurisprudencia más reciente Cabral Barreto, "La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme sur l'article 7 de la Convention européenne de Droits de l'Homme", *FS Trechsel*, 2002, pp. 3-16. Respecto de la prohibición de una agravación penal posterior en razón del art. 7° CEDDHH (*nulla poena sine lege cfr. Ecer and Zeyrek v. Turkey*, sentencia del 27 de febrero del 2001, applicat. 29295/95 y 29363/95, pará. 31 ss. (p. 36 s.).

[57] *Sunday Times v. UK*, sentencia del 26 de abril de 1979, Series A 30 (1979); al respecto también *Smith* (n. 10), p. 74.

[58] Según *Sunday Times* (n. 57), pará. 18, el Derecho-contempt inglés sería –con referencia al informe del Committee on Contempt of Court ("Philimore report")– *"...'a means whereby the courts may act to prevent or punish conduct which tends to obstruct, prejudice or abuse the administration of justice either in relation to a particular case or generally' and as existing to protect not the dignity of the judges but 'the administration of justice and the fundamental supremacy of the law'"*.

[59] Ibíd. pará. 40; igualmente *S.W. v. UK* (n. 13), pará. 35; *C.R. v. UK* (n. 13), pará. 33; *Streletz et al. v. Germany* (n. 13), pará. 57; *K.-H.W. v. Germany* (n. 13), pará. 62.

[60] *Sunday Times v. UK* (n. 57), pará. 40: *"would deprive a common-law-state which is party to the Convention of the protection of art. 10 and strike at the very roots of that State's legal system"*.

[61] Ibíd., pará. 49.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Si es posible calificar esta jurisprudencia como permanente,[62] entonces el Tribunal, por otra parte, está dando pie a una *relativización* del *principio de certeza* y de la *prohibición de analogía* cuando comprueba, ya en *Sunday Times*, que una "certeza absoluta" sería inalcanzable y que el derecho debiera ir acorde con las circunstancias cambiantes. Así, afirma, sería inevitable que numerosas leyes fueran redactadas en mayor o menor medida de forma vaga y que su interpretación sea un problema de la práctica.[63] De modo similar relativizó el Tribunal las exigencias de certeza en *Kokkinakis v. Greece*[64] –ahí nuevamente se trataba del término *"law"*, esta vez en el Art. 9° CEDDHH– y en *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*[65] (sentencia del 8 de julio de 1999), condena de los recurrentes de queja en razón de la ley antiterrorista turca por *"dissemination of propaganda against the indivisibility of the State"*.

Al respecto es especialmente relevante en nuestro contexto que el Tribunal recurra a la *jurisprudencia consolidada* para la comprobación de la suficiente certeza y previsibilidad en sentido del Art. 7° CEDDHH.[66] Así confirmó la condena de un profesor de conducción por coacción sexual de su alumna de conducción, haciendo referencia a la jurisprudencia consolidada de la Corte de Casación francesa que estaba publicada y de ese modo accesible, a pesar de que el hecho se había considerado punible como *"contrainte"* recién por una legislación posterior.[67] En *Steel v. UK* el Tribunal consideró la tipificación inglesa del "quebrantamiento de la paz" *(breach of the peace)* como suficientemente determinada, ya que la jurisprudencia de las últimas dos décadas lo habría definido suficientemente; ésta consistiría en la (probable) lesión de bienes jurídicos de personas y propiedad, que inducen a terceros a actos violentos.[68]

Desde luego no contribuye a la certeza y previsibilidad de este tipo el que en Escocia sea entendido de modo más amplio, vale decir, sin el requerimiento de una lesión de bien jurídico *("harm principle")*.[69]

Con una fundamentación similar el Tribunal estimó como acordes con el Art. 7° CEDDHH la supresión de la inmunidad matrimonial en *Regina* y otras instancias inferiores.[70] En todo sistema penal existiría un *"inevitable element of judicial interpretation"*. El desarrollo progresivo del derecho penal mediante un *judicial law making* sería en Inglaterra una parte necesaria de la tradición jurídica y una tal *"judicial interpretation"* (!) sería compatible con el Art. 7° CEDDHH cuando el resultado de la interpretación corresponda a

[62] *Cfr. Kokkinakis v. Greece*, sentencia del 19 de abril de 1993, Series a 260 a, pará. 52; *S.W. v. UK.* (n. 13), pará. 35; *C.R. v. UK* (n. 13), pará. 33; *Steel v. UK* (n. 28) pará. 54. En caso de la difusión de textos la *previsibilidad* del castigo dependería del texto en cuestión, su grado de difusión y del número y estatus de los destinatarios (*Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, sentencia del 28 de marzo de 1990, Ser. A 173, pará. 68; también *Cantoni v. France*, sentencia del 15 de noviembre de 1996, Reports 196-V, pará. 35). La previsibilidad estaría dada también en caso de necesidad de asesoría jurídica (íbid., pará. 35; *Miloslavsky v. UK*, sentencia del 13 de julio de 1995, Ser. A 316-B, pará. 37), especialmente en caso de grupos profesionales que deben cumplir con especiales cuidados (*Cantoni v. France*, pará. 35). *Cfr.* también *Kommission in G. v. Germany*, Appl. N° 13079/87, 6 de marzo de 1989, 60 DR 256 (pp. 261 s.).

[63] *Sunday Times* (n. 57), pará. 49: *"Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice"*.

[64] *Kokkinakis v. Greece* (n. 62), pará. 40: *"the wording of many statutes is not absolutely precise. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to greater or lesser exent, are vague..."*.

[65] *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, Reports 1999-IV, especialmente pará. 39. El Tribunal si bien consideró esta condena como previsible, ya que en el párrafo 2 de la correspondiente norma figuraban las publicaciones punibles, reconoció, sin embargo, una infracción al art. 10 CEDDHH. Por lo demás una certeza absoluta sería difícil de alcanzar y un cierto grado de flexibilidad permitible; al respecto también *Boot* (n. 1), pp. 150 s.

[66] *Cfr.* además de las siguientes sentencias también *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*, pará. 39. *Cfr.* también en tal sentido la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* respecto de la pena pecuniaria: sentencia del 20 de marzo del 2002, AZ. 2 BvR 794/95.

[67] *G. v. France*, sentencia del 27 de septiembre de 1995, Ser. A 325-B, pará. 25: *"...the offences... fell within the scope of the former art. 332 and 333 of the Criminal Code, which satisfied the requirements of foreseeability and accessability... there was* consistent case *law from the Court of Cassation, which was published and therefore accessible... As regards the notion of violence, the new provisions in the new art. 332 and 333... merely confirm this case law"* (destacado por el redactor); al respecto también Boot (n. 1), pp. 149 s.

[68] *Steeel v. UK* (n. 28), pará. 55: *"...breach of the peace is commited only when an individual causes harm, or appears likely to cause harm, to persons or property or acts in a manner the natural consequences of which would be to provoke others to violence... Accordingly, the Court considers that the relevant legal rules provided sufficient guidance and were formulated with the degree of precision required by the Convention"*. Crítico al respecto Ashworth (n. 5), p. 77.

[69] *Cfr. Smith v. Donnelly* (n. 28), pará. 10 ss. (16).

[70] *S.W. v. UK* (n. 13), pará. 34 ss.; *C.R. v. UK* (n. 13) pará. 32 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

la *esencia* del hecho punible y pudiese ser *razonablemente* previsto.[71] En concreto, la supresión de la regla de inmunidad no habría sido más que la consecuencia de una *"perceptible line of case law development"* y un *"reasonable foreseeable development"*, que correspondería a la esencia del tipo de la violación.[72] La punibilidad de la violación sería, por lo demás, también compatible con el objeto y finalidad del Art. 7° CEDDHH, cual es la evitación de la persecución penal arbitraria. El abandono de la inmunidad sería incluso exigido por una comprensión "civilizada" del matrimonio y los fines fundamentales de la Convención de DDHH, cuales son la protección de la dignidad y libertad del hombre.[73]

Si bien, por un lado, con ello el Tribunal sobrepasa una comprensión meramente subjetiva y de un derecho penal de la culpabilidad del principio *nullum crimen*[74] al *objetivizar la previsibilidad* y recurrir a una interpretación teleológica y orientada al fin de protección del Art. 7° de la CEDDHH y de la Convención en su conjunto. Por otro lado, sin embargo, con ello entran en juego, en reemplazo del análisis del caso concreto, consideraciones generales de *policy* y valoraciones político-criminales, que son conocidas en el derecho inglés como "argumento de *social defence*" o *"purposive approach"*.[75] Ellos tornan la decisión aparentemente inmune a críticas, pero fracasan cuando la sentencia no puede decidir entre correcto o falso de forma tan unívoca como en *Regina*.

III. ART. 7° CEDDHH, ART. 103 II *GRUNDGESETZ* Y LOS DISPAROS DEL MURO

Por una parte, el Art. 7° CEDDHH se entiende en forma menos estricta que el *Art. 103 II Grundgesetz* (GG, Constitución alemana), en lo que respecta a la prohibición de analogía *(lex stricta)*[76] y es-

[71] Ibíd., pará. 36 y 34: *"consistent with the essence of the offence and could reasonable be foreseen"*.

[72] Ibíd., pará. 43 y 41.

[73] Ibíd., pará. 44 y 42.

[74] *Cfr. MS.* 51.

[75] *Cfr.* Smith (n. 10), p. 52; Ashworth, *Principles* (n. 5), pp. 78 ss., pp. 82 ss.

[76] *Cfr. BverfG* 71, 108 (115): se excluye "toda 'aplicación' de Derecho que exceda el contenido de la norma sancionatoria legal... El sentido literal posible... marca el límite máximo de la interpretación judicial lícita...".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

pecialmente a la admisibilidad de un castigo en base a derecho internacional consuetudinario *(lex scripta)*,[77] siendo posible apoyar este castigo ya en el Art. 7° *párrafo 1°* –punibilidad según "derecho internacional"– y no recién en la llamada cláusula de Nürenberg del párrafo 2°; la cláusula de Nürenberg más bien representa una verdadera excepción a la irretroactividad, ya que permite un efecto retroactivo en caso de crímenes internacionales.[78] Por otra parte, sin embargo, el Art. 7° CEDDHH excede el Art. 103 II GG, ya que la CEDDHH subsume el principio de culpabilidad en el Art. 7° CEDDHH, el cual en Alemania deriva, como es sabido, del Art. 1° I, 2 I, 20 III GG.[79] Por cierto, la posterior comprensión del Art. 7° CEDDHH sólo tendría efecto *inmediato* sobre el Art. 103 GG, si el Art. 7° CEDDHH no sólo tuviese rango legal (Art. 59 GG),[80] sino prioridad sobre el Art. 103 II GG. De este modo, queda entregado a la jurisprudencia, si y en qué medida que el Art. 7° CEDDHH influye la interpretación del Art. 103 II GG. El Tribunal en todo caso aprueba la concepción del *common law* del principio de legalidad, convirtiendo el mínimo denominador común en el standard válido en toda Europa.

Si uno repasa una vez más la jurisprudencia del TEDDHH expuesta, especialmente en atención al respeto a las decisiones valorativas de índole político-criminal nacionales, ya sea del poder legislativo o judicial,[81] no sorprende que el Tribunal haya negado una infracción del Art. 7° CEDDHH en el proceso por los disparos del muro. Se podrá celebrar esto en cuanto al resultado, sin em-

[77] *Cfr.* también Arnold/Karsten/Kreicker, Menschenrechtsschutz durch Art. 7 Abs. 1 *EMRK*, NJ 2001, 561 (562); *Ebert, Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip, FS Müller-Dietz*, 2001, pp. 171-185, 181 ss. (182); Kreicker, Art. 7 *EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze*, 2002, pp. 9 ss.

[78] *Cfr.* Kreicker (n. 77), pp. 96 ss.

[79] *Cfr.* Arnold/Karsten/Kreicker (n. 77), p. 467; Kreicker (n. 77), pp. 49 ss. (51).

[80] La jerarquía intraestatal de un tratado internacional se rige según la jerarquía de la ley aprobatoria (Schweitzer, *Staatsrecht III*, 7ª ed. 2000, n. marg. 447, 709). *BGBl* 1952 II 686 habla en tal sentido de "fuerza legal". *Cfr.* también *BVerwG* DÖV 1998, 924, 925: "A la CEDDHH le corresponde solamente la jerarquía de una ley federal simple... Una interpretación contraria a la Convención representa, por ello, una aplicación incorrecta de derecho federal simple".

[81] Ibíd., *S.W. v. UK* (n. 13), pará. 42; *C.R. v. UK* (n. 13), pará. 40.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

bargo, la *fundamentación* de la sentencia se ve expuesta a considerables reparos:[82]

– El Tribunal elude el difícil problema de la derogación retroactiva del § 27 ley fronteriza de la RDA, mediante el recurso de no reconocer los casos en cuestión como crímenes conforme al § 213 párrafo 3 Código Penal de la RDA y, de tal modo, ni siquiera considerar como aplicable al caso el § 27 ley fronteriza.[83]

– El Tribunal acepta que en un Estado de Derecho –que sustituye a un Estado no basado en tales fundamentos– el derecho del Estado extinguido sea interpretado según sus propios principios.[84] Al respecto no queda claro en qué concepción del principio *nullum crimen* se basa el Tribunal. Si se quiere interpretar el derecho vigente al momento de la comisión del hecho con ayuda de principios de derecho posteriores, por lo demás, válido en otro sistema –no constitutivo de un Estado de Derecho– surge la pregunta, respecto de qué queda del derecho del momento de la comisión, en cuanto derecho del lugar del hecho contextualizado dentro de un sistema. Efectivamente el Tribunal parte de una *concepción del Estado de Derecho occidentalmente preconcebido* y ni siquiera considera un derecho socialista como derecho en sentido del Art. 7° de la CEDDHH. Eso queda especialmente claro cuando en lugar diverso sostiene que la práctica estatal de la RDA no puede ser considerada como derecho en este sentido.[85] Se podrá coincidir con ello en el resultado, sin embargo, una tal interpretación "occidental" de las normas del lugar del hecho debiera

[82] Crítico también Arnold/Karsten/Kreicker (n. 77), p. 561; Rau, "Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR", etc., *NJW* 2001, 3008; Kreicker (n. 77), p. 5, con ulteriores referencias en n. 21 y *passim;* Lensing/Mertens, "Der EGMR und die 'Mauernschützen'", en: Institut für Jurisitische Zeitgeschichte (ed.) *Jahrbuch für Jurisitische Zeitgeschichte,* tomo 3, Baden-Baden 2002, p. 352 (364 ss.); de acuerdo por ej. Starck, *JZ* 2002, 1102; Hassemer, *Naturrecht im Verfassungsrecht, FS Trechsel,* 2002, pp. 135-150 (149); Naucke, *Bürgerliche Kriminalität, Staatskriminalität und Rückwirkungsverbot, FS Trechsel,* 2002, pp. 505-516 (509, 511); en cuanto al resultado, de acuerdo Werle, "Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität", *NJW* 2001, pp. 3001 (3003 ss.).

[83] *Streletz et al. v. Germany* (n. 13), pará. 56 ss. (63); crítico al respecto Arnold/Karsten/Kreicker (n. 77), 563; explícitamente de acuerdo, sin embargo, *Naucke* (n. 82), p. 509.

[84] *Streletz et al. v. Germany* (n. 13), pará. 81. Igualmente *Glässner v. Germany,* Beschwerde, Queja 46362/99; decisión del 28 de junio del 2001, n. p., merits.

[85] *Streletz et al. v. Germany* (n. 13), pará. 87.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

ser difícilmente compatible con el principio de *nullum crimen,* él que pretende validez –valóricamente neutral– universal y que por ello demanda una *aplicación sistemáticamente inmanente a derecho ajeno;*[86] ya que, de lo contrario, resulta lesionado por un efecto retroactivo encubierto.[87]

– Si se toma en serio el criterio de la previsibilidad o del *fair warning,* que el Tribunal ya desarrolló en su anterior jurisprudencia,[88] entonces el problema no puede girar en torno a si los acusados pudieron prever la contrariedad a los DDHH o la punibilidad de su conducta, sino que más bien sólo si éstos podían *ex ante* contar con que *ex post* sería calificada como punible.[89] Si se considera la negación de esta pregunta como insostenible, se debiera con sinceridad restringir *a limine* el principio *nullum crimen* y someterlo como mero *principio* y no como regla[90] a una ponderación de intereses entre seguridad jurídica v. justicia. Éste es el punto de partida más convincente, por ser más honesto, de *derecho penal internacional e iusnatural* y que desemboca en un *nullum crimen sine iure.*[91] Si, de todos modos, no se quiere ir tan lejos como el tribunal militar norteamericano en el fallo de juristas y dejar de aplicar la irre-

[86] Crítico también Arnold/Karsten/Kreicker (n. 77), 563, 565; Rau (n. 82), 3010; Kreicker (n. 77), p. 23.

[87] *Cfr.* ya Alexy, *Der Beschluss des BverfG zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze,* 1997, p. 8, el mismo, *Mauernschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit,* 1993, p. 30; de acuerdo respecto de EGMR Rau (n. 82), 3010.

[88] Y al que también sigue el *BverfG,* bajo consideración de la jurisprudencia reiterada como fuente de derecho (al respecto ya *supra* n. 66 y el correspondiente texto): *BverfGE* 26, 42; 47, 109 (120): 71, 108 (115); *cfr.* también *BGHSt* 28, 312 (313).

[89] Arnold/Karsten/Kreicker (n. 77), 566.

[90] Alexy (n. 87) (acuerdo), pp. 23 s. Desde una perspectiva anglo-americana fudamental Dworkin, "The model of rules", *U. Chicago Law Review* 35 (1967), 22-29.

[91] Fundamental Kelsen, *ICLQ* 1 (1947), 153, 165; igualmente Boot (n. 1), p. 218. Desde la perspectiva del derecho internacional también Arnold/Karsten/Kreicker (n. 77), pp. 565 s., al querer establecer una contrariedad (iusnatural) a los DDHH y el derecho internacional de los disparos mortales. Para una fundamentación explícitamente iusnatural Naucke (n. 82), p. 82, pp. 513 s.; Werle (n. 82), pp. 3003 ss., quien califica los homicidios en la frontera incluso como crímenes contra la humanidad (pp. 3005 s.); igualmente el voto particular del juez *Loucaides* (Chipre), *EuGRZ* 2001, pp. 219 (221 s.) = NJ 2001, pp. 270 s.; en la tendencia también *Rau* (n. 82), 3013; Lensing/Mertens (n. 82), p. 367; crítico últimamente Ebert (n. 77), p. 178 con ulteriores referencias.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

troactividad al derecho internacional consuetudinario o el *common law*,[92] entonces importa finalmente si una punición parece ineludible por razones de justicia. En el derecho interno este punto de partida, desde luego, implicaría una –ya anteriormente demandada[93]– modificación del Art. 103 II GG,[94] que en el actual estado del derecho internacional puede limitarse a los crímenes centrales reconocidos por el estatuto de Roma[95] y traspuestos a nivel intraestatal por el Código de Derecho Penal internacional alemán[96] (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra) –como *"minimum standard"*– y que de ese modo superaría la –desde una perspectiva de un Estado de Derecho– problemática incertidumbre de la "cláusula de Nürenberg" (Art. 7° II CEDDHH, Art. 15 II IPbpR).

– Si bien el Tribunal redacta dos sentencias –respecto de los órganos titulares de la función por un lado y del soldado fronterizo K.-H.W. por el otro–, no extrae de ello las consecuencias que impone el principio de culpabilidad y niega la previsibilidad de la punibilidad en el caso del soldado fronterizo en base a un error de prohibición inevitable.[97]

[92] *U.S. v. Altstoetter et al., Trial of War Criminals* III, 975: *"...sheer absurdity to suggest that the ex post facto rule... could be applied to a treaty, a custom, or a common law decision of an international tribunal... to apply the... principle to judicial decisions of common international law would... strangle that law at birth". Cfr. también* Kelsen *ICLQ 1 (1947), 153, 165: La irretroactividad "does not apply to customary law and to law created by precedent, for such law is necessarily retroactive in respect to the first case to which it is applied".*

[93] *Cfr.* por ello ya Ambos, *Nürenberg revisited, Strafverteidiger* 1997, 39 (42).

[94] A favor últimamente también Ebert (n. 77), pp. 184 ss.

[95] *Supra* nota 3, Arts. 5-8.

[96] *BGBl.* 2002 I 2254. Respecto del proyecto del grupo de expertos *cfr.* BMJ (ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs*, 2000; Werle, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, JZ 2001, 885; Zimmermann, Auf dem Weg zu einem deutschen VStGB, ZRP 2002, 97; Satger, "Das neue VStGB", *NStZ* 2002, 125.

[97] Así correctamente los votos especiales de los jueces Cabral Barreto (Portugal), *NJ* 2001, 272 = *EuGRZ* 2001, 219 (222 y s.) y Pellonää/Zupancic (Finlandia y Eslovenia), *NJ* 2001, p. 68 s.; Kreicker (n. 77), pp. 56 ss.; Lensing/Mertens (n. 82), pp. 368 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

DOMINIO POR ORGANIZACIÓN. ESTADO DE LA DISCUSIÓN*

I. INTRODUCCIÓN

El estado de la discusión sobre la teoría del dominio por organización y su importancia para la fundamentación de la autoría mediata en el caso de acciones criminales estatales ya fue analizado en otro lugar.[1] Desde ese momento han aparecido numerosas posturas que seguidamente deberán ser analizadas.

En una extensa contribución, *Roxin*[2] ha retomado nuevamente los usuales argumentos en contra de su teoría y ha intentado refutarlos. En ese lugar él ha rechazado también mi crítica al criterio de la desvinculación del derecho. *Figueiredo Dias*[3] se ha adherido a su opinión. *Küpper*,[4] *Muñoz Conde*[5] y en el resultado también *Heine*,[6] *Rogall*,[7]

* Publicado originalmente en Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin (Duncker und Humblot), 2nd ed. 2004, § 18 II. 3. c) = pp. 590 y ss. Traducción de Ezequiel Malarino. El título original fue modificado.

[1] *Cfr.* Ambos, *GA* 1998, 226 ss. = *Dominio* (1998). Ver también Ambos/Grammer, *RP* 12 (2003), 27 (29 ss.).

[2] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 549 ss.; ver también el mismo, *AT* II (2003), § 25 nm. 105 ss. (113 ss.).

[3] Figueiredo Dias, en Ferré/Anarte (editores), *Delincuencia* (1999), pp. 99 ss. (103 s.)

[4] Küpper, *GA* 1998, 523 ss.

[5] Muñoz Conde, en Ferré/Anarte (editores) *Delincuencia* (1999), p. 151 ss. (153 s.); el mismo, *RP* 6 (2000), 104 ss. = *FS* Roxin (2001), pp. 609 ss.

[6] Heine, *JZ* 2000, 924 s., quien propone, desde luego diferenciando, una "responsabilidad por autoría para el *injusto originario de sistema o de organización*" (925, destacado en el original); *cfr.* también S/S-Cramer/Heine (2001), § 25, nm. 25a.

[7] Rogall, *FS BGH* IV (2000), pp. 424 ss., quien sin embargo comparte en algunos puntos la crítica de Herzberg (al respecto *infra*).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Vest[8] y *Schlösser*[9] reconocen igualmente el dominio por organización para el ámbito que aquí interesa de la criminalidad del Estado.[10] Por el contrario, son críticas las posiciones de *Freund*,[11] *Rotsch*,[12] *Renzikowski*,[13] *Hoyer*[14] y sobre todo *Herzberg*,[15] quien abandona por completo el dominio por organización.[16] En la doctrina española –junto a *Muñoz Conde*– se han de indicar especialmente *Gimbernat*,[17] *Hernández Plasencia*[18] y más recientemente *Faraldo Cabana*.[19]

Freund reconoce en principio la responsabilidad en calidad de autor del hombre de atrás en las organizaciones formales, pero la fundamenta con base en una responsabilidad general por la esfera de organización y en la "responsabilidad especial" de allí resultante. Una argumentación de este tipo es poco satisfactoria hasta tanto no se proporcione una definición más precisa de esta responsabilidad por la esfera de organización y una delimitación de las esferas de responsabilidad.[20]

En su más reciente toma de posición *Herzberg* emprende una crítica esencial al "dualismo fundamental en el entendimiento del dominio del hecho"[21] y

[8] Vest, *ZStW* 2001, 492 ss.; el mismo, *Genozid* (2002), pp. 30, 236 ss., 359 ss.

[9] Schlösser, *Verantwortlichkeit* (2004); el mismo, *Tatherrschaft* (2004). Sobre su modelo del dominio social del hecho *(soziale Tatherrschaft) cfr.* ya Ambos, *Parte general* (2005), p. 164 con nota 154 (en este libro en el texto sobre "Imputación (objetiva) y dpi" en nota 153).

[10] También Stratenwerth/Kuhlen, *AT* I (2004), § 12, nm. 65 ss.

[11] Freund, *AT* (1998) §10, nm. 90 ss., 102 s.

[12] Rotsch, *NStZ* 1998, 492 s.; el mismo, wistra 1999, 327: "sumamente dudoso"; el mismo, *ZStW* 2000, 518 ss.

[13] Renzikowski, *Täterschaft* (1997), p. 87 ss., quien con base en su "principio de autonomía" rechaza la posibilidad de un dominio por organización, afirmando una inducción; en contra Roxin, *Täterschaft* (2000), pp. 665 s.

[14] *SK*-Hoyer (2000), § 25, nm. 90 s.; *cfr. infra* en el texto por la nota 67.

[15] Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 33 ss.

[16] Hilgers, *Verantwortlichkeit* (2000), pp. 132 ss., 154, 235 s., 241, quien, por un lado, rechaza la teoría del dominio por organización en el ámbito que aquí interesa y con ello también en el caso por él investigado de la responsabilidad del empresario, pero, por el otro, propone un *tipo* de "autoría por organización", con el cual, en el resultado, se debe alcanzar una responsabilidad por autoría cuando el autor "para la comisión de un delito utiliza una organización que funciona regularmente". Con razón, rechazando una autoría mediata por omisión *sobre la base del dominio por organización*, *Brammsen*, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 140 ss. (143).

[17] Gimbernat, *Autor* (1966), pp. 174 ss. (187 ss.).

[18] Hernández Plasencia, *Autoría mediata* (1996), pp. 257 ss. (273 ss.).

[19] Faraldo Cabana, *Responsabilidad* (2004).

[20] Crít. respecto de Freund también *Schünemann*, en Gimbernat/Schünemann/Wolter (editores), *Dogmatik* (1995), pp. 51 ss.; Hilgers, *Verantwortlichkeit* (2000), pp. 96 ss., 126 s.

[21] Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 40.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

propone remplazar el punto de vista "fáctico naturalista" de un "dominio por control" por un "dominio por responsabilidad" normativo. En este sentido afirma inequívocamente: "El intento de determinar la autoría por medio de un poder real de control debe abandonarse totalmente".[22] Con ello debería también abandonarse la idea del dominio por organización, cuyos criterios de la desvinculación del derecho y de la fungibilidad no serían convincentes.[23] A causa del punto de vista puramente fáctico, la "implementación práctica (...) del dominio por organización" acabaría "en la arbitrariedad"; según *Herzberg*, sería dudoso que la teoría a causa de su "contradictoriedad interna y de la discrecionalidad de muchas decisiones" pueda ser en realidad "científicamente utilizable".[24] Por estos motivos, quienes dan las órdenes en organizaciones formales sólo podrían ser penados como inductores.

"Hitler, Himmler y Honecker no han cometido los delitos de homicidio que ellos ordenaron como autores, sino que los han provocado como inductores. Pues, entre la orden y el resultado se intercalaba la comisión dolosa y autorresponsable de otro, es decir, del asesino u homicida que como autor individual o coautor actuaba al fin y al cabo (...) con propia responsabilidad (...)".[25]

La delimitación entre autoría mediata e inducción debería determinarse, por tanto, únicamente desde el punto de vista normativo según "que entre la orden y el resultado delictivo se intercale un delito responsable y doloso de otro".[26] Esto habría de aceptarse en cuanto decisión legislativa –a pesar de la "convicción intuitiva" contraria que en general existe–;[27] la dogmática tendría que ser al respecto "neutral".[28]

De modo similar a *Herzberg*, también *Rotsch*[29] ha rechazado recientemente los criterios de la fungibilidad –por falta de concreta intercambiabilidad del ejecutor– y de la desvinculación del derecho[30] Una extensión de la teoría a las personas jurídicas fracasaría ya por la falta de estructura jerárquica de éstas.[31] En favor de esta teoría existirían únicamente argumentos de política criminal, los cuales sin embargo conducirían a inconvenientes dogmáticos intolerables. Por ello, en definitiva, sólo entraría en consideración una inducción.[32]

Gimbernat analiza el caso Eichmann y niega su dominio del hecho.[33] Como autores (directos) sólo entrarían en consideración los ejecutores del hecho,

[22] Ídem, p. 48.

[23] Ídem, pp. 36 s., 37 ss. Sobre estos argumentos *cfr. infra* II y IV.

[24] Ídem, pp. 59 s.

[25] Ídem, p. 48.

[26] Ídem, p. 51.

[27] Ídem, p. 48.

[28] Ídem, p. 53.

[29] Rotsch, *ZStW* 2000, 518 ss.

[30] *Cfr.* sobre la fungibilidad, Rotsch, *ZStW* 2000, 526 ss. (528), 536, 552, 561; sobre la desvinculación del derecho ídem, 533 ss., 561.

[31] Rotsch, *ZStW* 2000, 532 s., 556, 561; asimismo Heine, en Eser/Yamanaka (editores), *Einflüsse* (2001), p. 104.

[32] Rotsch, *ZStW* 2000, 561 s.

[33] Gimbernat, *Autor* (1966), p. 187.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

pues ellos poseerían una mayor energía criminal que los hombres de atrás.[34] Éstos podrían ser sólo inductores[35] y los intermediarios que transmiten sus órdenes criminales, sólo cómplices.[36] Un intermediario *à la Eichmann*, situado en el nivel de jerarquía alto o medio, podría ser autor (por inducción) sólo si cambiase la orden recibida, provocando en los ejecutores del hecho un exceso desde el punto de vista del vértice de la organización. Si bien *Gimbernat* no considera satisfactoria su solución, sólo ve una mejor *de lege ferenda* con un tipo independiente de genocidio.[37]

Hernández Plasencia rechaza la solución de la inducción de *Gimbernat*, porque faltaría la relación (directa) –necesaria para la inducción– entre el hombre de atrás y el ejecutor del hecho.[38] Por lo demás, el hombre de atrás sólo podría tener un dominio del hecho negativo, así que también fracasaría una autoría mediata o una coautoría. En su lugar, él recurre a la figura de la cooperación necesaria –por lo demás muy criticada en la doctrina española– para fundamentar la responsabilidad de los hombres de atrás.[39] Sobre su crítica a la teoría del dominio por organización se volverá en lo siguiente.

Recientemente, *Faraldo Cabana* en su profunda investigación sobre la "responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas" expone ampliamente el estado de la discusión en jurisprudencia y doctrina,[40] y discute detalladamente las posiciones contrarias a la doctrina del dominio por organización.[41] Especial atención merecen sus consideraciones sobre los aparatos organizados de poder;[42] al respecto *Faraldo Cabana* realiza una diferenciación entre organizaciones estatales y paraestatales (mafiosas y terroristas) e investiga respecto de las primeras especialmente su implicación en la guerra sucia.[43] En definitiva, también *Faraldo Cabana* sigue en lo esencial la doctrina del dominio por organización de *Roxin*; por tal razón, se volverá sobre sus reflexiones en lo siguiente.

A pesar de la acertada crítica de *Herzberg* y *Rotsch* a los criterios de la fungibilidad y de la desvinculación del derecho, de los cuales se ocupará enseguida, el completo abandono de una autoría mediata en virtud del dominio por organización va demasiado lejos en los casos que aquí interesan de criminalidad provocada y organizada por el Estado. La "convicción intuitiva" de que los organizadores intelectualmente responsables de tales crímenes son autores

[34] Ídem, pp. 188 s.
[35] Ídem, pp. 189, 192.
[36] Ídem, pp. 191 s., 193.
[37] Ídem, p. 193.
[38] Hernández Plasencia, *Autoría mediata* (1996), pp. 272 s.
[39] En favor de una cooperación necesaria o una inducción en estos casos, López Peregrín, *Complicidad* (1997), pp. 403 ss. (405).
[40] Faraldo Cabana, *Responsabilidad* (2004), pp. 25 ss., 88 ss.
[41] Ídem, pp. 128 ss.
[42] Ídem, pp. 195 ss.
[43] Ídem, pp. 230 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

y no meros inductores no puede ser dejada de lado, sin más, con los argumentos "normativos" alegados por Herzberg. Pues ella se funda en la incomparabilidad, arraigada en los hechos, de la conducta del organizador y de quien ordena la comisión de crímenes de masa respecto de aquélla de un mero inductor a cometer determinados hechos. La acertada crítica de que no es satisfactoria una mera fundamentación fáctico-instrumental del dominio por organización no debe llevar –en este sentido se le ha de dar la razón a *Roxin*– a que las "grandes diferencias" en la conducta criminal que existen fácticamente sean "allanadas simplificándolas normativamente".[44] Con otras palabras: la deficiente fundamentación de una figura jurídica, entretanto generalmente reconocida –también fuera de Alemania[45]–, que según el sentimiento jurídico general comprende adecuadamente una conducta delictiva –o, en todo caso, de modo más adecuado que la alternativa de la inducción– no debe conducir al abandono de la figura reconocida en favor de la alternativa ya "intuitivamente" menos convincente. Por el contrario, la figura jurídica generalmente reconocida debe ser asegurada y fundamentada mejor normativamente, aceptando también la limitación de su ámbito de aplicación. Además, precisamente desde el punto de vista normativo tampoco la autoría mediata y la inducción pueden ser plenamente equiparadas. Esto se muestra especialmente –pero no sólo– en la punibilidad de la tentativa de autoría mediata y en la impunidad –en principio– de la tentativa de inducción. *Herzberg*[46] reconoce esto, pero argumenta que con ello sólo se expresaría la accesoriedad de la inducción. Sin embargo, este argumento no elimina la diferencia normativa. Por el con-

[44] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 555. En el resultado, también *Rogall*, *FS BGH* IV (2000), p. 427.
[45] Cfr., por un lado, las jurisprudencias argentina y chilena (pp. 234 ss., 241 vers. al.; Ambos, *Dominio* [1998], pp. 39 ss.; Faraldo Cabana, *Responsabilidad* [2004], pp. 32 ss.; a favor de una aplicación de la teoría en el caso de la desaparecida alemana Elisabeth Käsemann Ambos/Grammer, *RP* 12 (2003), 27 ss.) y, por el otro, los nuevos Códigos Penales, especialmente el Art. 33 apartado 3 del *CP ruso* (1996) –punibilidad separada del "organizador"–, pero también el Art. 18, § 1 del *CP polaco* (1997) –autoría por la conducción o estimulación del hecho. Por el contrario, el *CP croata* (1998) ha abolido la figura del organizador; sin embargo, ha incorporado una norma idéntica al § 25 (1), StGB, de modo que la teoría del dominio por organización puede obtener por medio de ella importancia práctica.
[46] Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 49 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

trario, la muestra aun con mayor nitidez, pues el vínculo de la inducción con el hecho principal manifiesta la *dependencia* de la participación frente a la *independencia* de la autoría.[47]

Con la siguiente exposición no se trata por tanto de "abandonar" –tanto debemos anticipar ya en este lugar– la teoría del dominio por organización, sino de una crítica constructiva, con la cual se debe colaborar a su perfeccionamiento y mejor fundamentación teórica.[48] Al respecto, las posturas mencionadas dan motivo para someter tres aspectos a un examen más profundo. Por un lado, todavía no ha sido explicado satisfactoriamente cómo la plena responsabilidad y libertad del hombre de adelante puede ser superada a través del dominio de una organización (*sub* II). Además, relacionado con esto, se plantea el interrogante de si todo aquel que interviene en un aparato de organización impartiendo órdenes de realizar conductas delictivas puede realmente ejercitar tal dominio de la organización (*sub* III).[49] Por último, se debe tomar posición nuevamente respecto del criterio de la desvinculación del derecho, especialmente de las réplicas de *Roxin* y *Figueiredo Dias* (*sub* IV) a las críticas a este criterio.

II. DOMINIO POR ORGANIZACIÓN VERSUS LIBERTAD DEL HOMBRE DE ADELANTE

La teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la *fungibilidad.* Puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes. Así, decía hace poco el antiguo dictador chileno *Pinochet* en relación con sus órdenes al antiguo jefe del servicio secreto chileno Manuel *Contreras*:

" (...) there are many things I ordered him to do, but which things? I had to exercise power. But I could never say that I was actually running DINA. [They] were

[47] En ídem, p. 52, el mismo Herzberg expresa algo sorprendente: "La relevancia práctica de la decisión en favor o en contra de la autoría mediata es mayor de lo que a primera vista parece".

[48] Al respecto, persisto con mi posición originaria (*GA* 1998, 234 = Dominio [1998], p. 32): "Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción [la de Roxin] como punto de partida".

[49] Así, Roxin, *Täterschaft* (2000), p. 248.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

under the orders, under the supervision of all of the junta, the four members of the junta... And I would like you to understand the following. The Chief of the Army always asks 'What are you going to do?' The question of 'How', 'How am I going to do it?' is a question for the chief of intelligence rather than the Chief of the Army. This is what civilians (...) don't understand".[50]

No interesa por consiguiente tanto el "cómo" de la ejecución de la orden cuando el "sí" está asegurado. En todo caso, el hombre de atrás podrá confiar en que *alguna* persona cumplirá sus órdenes criminales. La automaticidad del aparato fundamenta el dominio sobre la ejecución directa del hecho y, así parece, también sobre los ejecutores directos. La "autoría secundaria" de éstos es indiferente desde el punto de vista moral.[51] La elocuente fundamentación por *Roxin* del criterio de la fungibilidad posee una contundencia tal que hace resultar inconsecuentes incluso a los defensores de una teoría del dominio del hecho centrada esencialmente en la autonomía de la persona que actúa. Así, *M.-K. Meyer*[52] intenta llegar a una *falta* de libertad de acción relativa del ejecutor, argumentando "que los motivos de inhibición no surgen, porque la eventual negación de una persona determinada a ejecutar el hecho no perjudica el homicidio por cualquier otro". La realización de la resolución a cometer el hecho funcionaría como un causalismo natural no sólo por la previa autovinculación del ejecutor directo, sino a causa de la exclusión de motivos de inhibición en la situación de actuar. Aunque *Meyer* se quiera aferrar a un principio de responsabilidad estricto[53] y recurra a puntos de vista relacionados con la coacción,[54] siendo, por tanto, su concepción de la autonomía contradictoria,[55] queda la impresión, sin embargo, de la fuerza persuasiva de la concepción de *Roxin.*

Esta argumentación también pone de manifiesto, desde luego, que la fuerza persuasiva de la teoría del dominio por organización

[50] Interview, *Daily Telegraph*, London, 19.7.1999, caso Pinochet.

[51] *Cfr.* Soeffner, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 28: Quien actúa en organizaciones formales percibiría su propia conducta ni como algo bueno, ni como algo malo. "Puede someterse a criterios de valoración funcionales, dirigidos a un fin, pero no morales" (refiriéndose a Zygmunt Bauman).

[52] Meyer, *Autonomie* (1984), p. 102.

[53] Ídem, p. 108: seguiría vigente el contenido material del principio "quien actúa libre y con dolo no podría ser instrumento de otro".

[54] Ídem, pp. 105 s.

[55] *Cfr.* la acertada crítica de Renzikowski, *Täterschaft* (1997), p. 89, nm. 154.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se encuentra en la *validez del criterio de la fungibilidad*. Pues, si se parte de que el hombre de atrás que domina la organización no puede confiar más en que sus órdenes serán cumplidas por quienquiera que fuese, fracasaría su dominio del hecho por esa inseguridad concretizada en la libertad del hombre de adelante. Entonces, un dominio del hecho tan sólo se podría fundamentar con la ayuda del dominio por coacción o por error, lo que presupone sin embargo algo más que el mero dominio del aparato, esto es, el dominio *concreto* del hombre de adelante. Por otra parte, de la dependencia del dominio por organización del criterio de la fungibilidad se sigue que tal dominio no existe sólo si se puede contradecir en el caso concreto la intercambiabilidad del ejecutor. Aquí se trata, ante todo, de un puro problema empírico, esto es, de si realmente en todos los casos de comisión de un hecho por medio de un aparato organizado de poder se puede partir de la fungibilidad del ejecutor directo. Como es sabido, esto ya ha sido negado por *Schroeder*[56] advirtiendo sobre la posible especialización del ejecutor. También los casos recientes de macrocriminalidad estatal, especialmente el caso Pinochet, muestran que un aparato de represión moderno no puede funcionar sin "especialistas".[57] A *Schroeder* se le puede objetar solamente que por lo general las reservas de especialistas son lo suficientemente grandes como para permitir intercambiar sin demora al ejecutor que se niega a realizar el hecho. Desde luego, abstractamente esto no se puede rebatir, como tampoco se puede probar lo contrario. De todos modos, ello tampoco tiene importancia, pues la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de *un* caso contrario, anulando con ello la idoneidad del criterio para fundamentar el dominio por organización en *todos los casos posibles*.

A esto se añade que la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho. Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan

[56] Schroeder, *Täter* (1965), p. 168; el mismo, *JR* 1995, 178; asimismo Freund, *AT* (1998), § 10, nm. 92. Resumiendo las posturas críticas a la fungibilidad Faral-do Cabana, *Responsabilidad* (2004), pp. 88 ss.

[57] Piénsese, por ejemplo, solamente en la utilización de las técnicas de tortura chilenas, a las cuales se ha hecho referencia en repetidas ocasiones en los documentos de la investigación española en el proceso contra Pinochet (*cfr.* Ahlbrecht/Ambos [editores], *Pinochet* [1999], pp. 54 ss. y *passim*).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el hecho concreto. Por ejemplo, si un guardia de frontera o una entera patrulla se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro guardia en el lugar), nadie podría impedir la fuga de *ese* fugitivo. Si esta fuga tuviera éxito, entonces se negaría el dominio del hecho del vértice de la organización. También *Herzberg*[58] comparte esta crítica a la fungibilidad al constatar respecto de los guardias de frontera con relación a un caso concreto:

"La orden no habría sido cumplida por nadie y G se habría evadido si los dos soldados de frontera se hubieran comportado decentemente y hubieran obedecido al llamamiento del derecho en lugar de a la orden homicida. El hecho de si con el homicidio de G, quien ya había escalado el muro, se alcanzaba la meta delictiva de los acusados, dependía de la decisión de ambos individuos para quienes se actualizaba la orden de disparar en vista de la huida de G. Su fungibilidad, su intercambiabilidad claramente no existía".[59]

Del mismo modo, tampoco el muchas veces citado agente secreto *Stachynski* era en cuanto a la comisión *concreta* del hecho, sin más, una ruedecilla intercambiable en el engranaje del aparato de poder soviético.[60] Ello, pues si él se hubiese negado a ejecutar el encargo homicida, los agentes de remplazo habrían llegado al lugar en todo caso más tarde y quizás demasiado tarde, de modo que la víctima habría escapado a la muerte. Similarmente se puede pensar en un ejecutor directo que se niega a utilizar la tortura para forzar una declaración, aunque ésta haya sido ordenada por la autoridad superior. El dominio del hecho por parte del vértice de la organización en virtud de su aparato de poder sólo estaría dado en la situación concreta del hecho si la tortura hubiera podido ser comenzada o continuada por otros ejecutores. Por más que en este caso se pueda partir con mayor facilidad que en el caso de los guardias de frontera de una fungibilidad concreta –y justamente por

[58] Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 37 ss.; crít. también Murmann, *GA* 1996, 273, a quien se remite expresamente Herzberg; Renzikowski, *Täterbegriff* (1997), p. 89; Rotsch, *NStZ* 1998, 493; el mismo, wistra 1999, 327; el mismo, *ZStW* 2000, 526 ss. (528), 536, 552, 561; *SK*-Hoyer (2000), § 25, nm. 90; Brammsen, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 142; Hilgers, *Verantwortlichkeit* (2000), pp. 132 s.; Heine, *JZ* 2000, 925; Rogall, *FS BGH* IV (2000), pp. 425 s. Para un análisis concreto también Hernández Plasencia, *Autoría mediata* (1996), p. 275.

[59] Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 37 s.

[60] Asimismo, ya Jakobs, *AT* (1993), 21/103, nm. 190; también Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 38.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ello este caso es especial y no típico–, él pone también de manifiesto que el dominio del curso *concreto* del suceso sólo puede ser afirmado en presencia de una fungibilidad *inmediata*. Estos ejemplos se podrían continuar a voluntad. Ellos dejan en claro que la fungibilidad en la situación *concreta* del hecho sólo rara vez estará presente y que existen buenos argumentos para negarla ya desde un punto de vista empírico.

En los casos de la responsabilidad de los intervinientes en el delito que no pertenecen al vértice directo de la organización, por ejemplo los "autores de escritorio" *à la Eichmann*, la problemática del criterio de la fungibilidad se muestra aún más claramente. Si tales personas son realmente imprescindibles para la realización del plan total de exterminio, no se podría partir de *su* fungibilidad en relación con sus superiores. Por tanto, aquí se está de frente a un doble problema: Por un lado, se necesita también de la fungibilidad de estas personas para poder fundamentar el dominio por organización del verdadero vértice de la organización; pero, por el otro, la afirmación de su fungibilidad se opondría a la posibilidad de su dominio por organización y, con ello, de su autoría mediata. Una argumentación similar se puede sostener respecto de *Höß*, comandante del campo de concentración de Auschwitz.[61] También él podía decidir sobre la vida o la muerte de miles de personas, sirviéndose para ello del personal del campo a sus órdenes. Sin embargo, también aquí mucho habla en favor de una precisa división de las tareas dentro del campo y, por ello, en contra de una fácil intercambiabilidad de los ejecutores directos en la situación concreta del hecho. Aquí se hace notar de manera recriminatoria que la teoría del dominio por organización hasta el momento no ha delimitado claramente según esferas de responsabilidad y niveles de jerarquía, es decir, no ha explicado satisfactoriamente hasta qué nivel de mando se puede realmente suponer un dominio de la organización. Sobre este aspecto se volverá más adelante.[62]

De todo esto se sigue que el vértice de la organización sólo podrá estar seguro de que el aparato *como tal* continuará trabajando (de alguna forma) y que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un ejecutor entretanto intercambiado. Por tanto, una fungibilidad no es posible por lo general simultáneamente, sino sólo

[61] *Cfr.* también Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 38 s.
[62] *Infra*, III.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sucesivamente.[63] En palabras de *Hernández Plasencia*: "la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás".[64] Con ello, la fungibilidad –notablemente relativizada– se transforma en una "exigencia de movilidad personal": "El dominio por organización está sujeto a que la orden de cometer un delito se dé en una jerarquía, la cual en caso de una negativa *declarada a tiempo* tenga *normalmente* a disposición enseguida un hombre de remplazo".[65] En todo caso se puede decir que el hombre de adelante aumenta el riesgo de la producción del resultado en el sentido de una "fungibilidad incompleta" o abstracta[66] y que el dominio por organización se convierte, así, en un "dominio de las causas de remplazo".[67] Pero una fungibilidad tan debilitada no puede servir más –o por lo menos por sí sola– para fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás que emite la orden. Por consiguiente, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo ya desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización.

La otra objeción, realizada por *Murmann*, basada en la expectativa normativa frente al hombre de adelante, no es más necesaria para demostrar la fragilidad de la fundamentación del dominio por organización por medio de la fungibilidad.[68] Sin embargo, su concepción teórica, que he rechazado anteriormente en razón de haber partido de un punto de vista fáctico-instrumental,[69] puede proporcionar una fundamentación del dominio del hecho que va más allá del mero dominio instrumental del hecho, ayudando a superar, por consecuencia, el déficit empírico de fundamentación que se ha constatado. Este autor transporta, en definitiva, la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho, sirvién-

[63] Acertadamente Jakobs, *AT* (1993), 21/103, nm. 190; también Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 38.
[64] Hernández Plasencia, *Autoría mediata* (1996), p. 275.
[65] Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 58 s.
[66] Heine, *JZ* 2000, 925.
[67] *SK*-Hoyer (2000), § 25, nm. 90. Para un concepto más amplio de la fungibilidad también Faraldo Cabana, *Responsabilidad* (2004), pp. 206, 236.
[68] *Cfr.* al respecto *Murmann*, *GA* 1996, 273 s.
[69] Ambos, *GA* 1998, 230 s.; aprob. mi posición en este sentido Rotsch, wistra 1999, 327, quien sin embargo critica, con razón, que mi posición "sigue sin explicar la posibilidad de la libre responsabilidad en el *hombre de adelante*" (resaltado en el original). Similar ya Rotsch, *NStZ* 1998, 493.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dose de un concepto material de libertad.[70] Así, el Estado aparece –en cuanto garante de los derechos fundamentales y debido a su deber de protección de allí resultante– como especial *obligado* frente a los ciudadanos y posee frente a ellos un *poder de lesión* especial. El Estado lesiona su deber de protección con la orden antijurídica al ejecutor de lesionar a una determinada persona.

La relación de dependencia entre ciudadano y Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión. También aquí el garante sería responsable, porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante.

En el caso de una orden estatal antijurídica, la dependencia –también normativa– del ciudadano respecto del Estado fundamenta también el *dominio del hecho* de éste. Este dominio es ejercitado por el Estado al impartir al ejecutor, un ciudadano, la orden antijurídica de lesionar a la víctima, otro ciudadano. Por tanto, se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre Estado y ciudadano caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí. El dominio del hecho del Estado, más precisamente, el dominio del hecho del vértice de la organización estatal, se presenta como un *"dominio sobre la cualidad de la relación"*,[71] esto es, de la *relación de reconocimiento* entre el Estado y sus ciudadanos.[72] Lo importante en

[70] *Cfr.* Murmann, *Nebentäterschaft* (1993), pp. 160 ss (181 s.); el mismo, *GA*, 1996, 275 ss. (278 remitiéndose a Jakobs en la nota 42). La concepción de Murmann se funda en la teoría de la libertad de Zaczyk *(Unrecht* [1989], pp. 128 ss. [1939], 194 ss.), la que, por su parte, se basa en Kant y Fichte. Según esto, el fundamento del derecho residiría en un reconocimiento mutuo de los individuos como personas autónomas con uso de razón. La *relación de reconocimiento*, que al mismo tiempo sería una relación jurídica, estaría constituida por conductas mutuas prácticamente correctas y, de este modo, se realizaría la libertad de todos (pp. 165, 193, 326). Frente a este trasfondo, el injusto consumado sería "la opresión realizada de la libertad concreta reconocida por la comunidad jurídica, en tanto se encuentren afectados bienes jurídicos del individuo o de la sociedad". A través de ello se personalizaría que el individuo lesiona la libertad del otro o de los otros como titulares de los bienes jurídicos respectivos y así abandonaría la relación mutua de igualdad para determinar por sí solo (subjetivamente) lo general (pp. 326 s.). Esta posición se diferencia, sin embargo, de la originaria teoría del reconocimiento individual, por cuanto con ésta se trataría del reconocimiento de la norma por el individuo, mientras que Zaczyk se funda en el reconocimiento mutuo de los individuos entre sí (*cfr.* con más detalles Krüger, *Versuchsbeginn* [1994], pp. 153 ss., con otras referencias; sobre la teoría del reconocimiento kantiana también Bielefeldt, *Philosophie* [1998], pp. 158 ss.).

[71] Murmann, *Nebentäterschaft* (1993), p. 181; el mismo, *GA* 1996, 276.

[72] Murmann, *Nebentäterschaft* (1993), pp. 168 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

esta relación es el deber especial del Estado frente al ciudadano derivado de la dogmática de los delitos de deber. En la otra relación de los ciudadanos entre sí –aquí: entre el autor que ejecuta la orden y la víctima– lo que interesa es su lesión por medio de la injerencia directa en la libertad ajena. Por consecuencia, ambas relaciones jurídicas son lesionadas. Pues, si se quiere imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal a través del ejecutor, entonces no se puede atener solamente a la relación entre el vértice de la organización y el ejecutor, sino que también la víctima debe ser tenida en consideración –por medio de la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí–. La obligación especial del Estado frente al ciudadano –que lo obliga a protegerlo y le prohíbe lesionarlo y que, al mismo tiempo, entraña un poder de lesión especial dentro de esta relación– proporciona, por tanto, una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales se niega la fungibilidad ya por motivos empíricos. De este modo, no se abandona la teoría del dominio del hecho, sino que ella es asegurada normativamente. No es relevante en este contexto –y, por ello, pueden ser obviadas en este lugar mayores consideraciones– la cuestión de si la posición de deber especial del Estado y su dominio sobre la relación de reconocimiento excluyen un dominio por organización en el marco de organizaciones (criminales) no estatales.[73]

La fundamentación normativa expuesta no remplaza sin embargo al punto de vista fáctico, sino que lo complementa. Pues, del mismo modo que un punto de vista meramente fáctico no puede explicar convincentemente un dominio por organización, tampoco el punto de vista normativizante basado en una fundamentación normativa es idóneo por sí solo para comprobar una situación de dominio por organización. Esto se pone de manifiesto en un método práctico orientado a casos, tal como el que se sigue en este trabajo. Así se expresa, por ejemplo, en el auto de procesamiento del juez instructor Baltasar *Garzón* del 10 de diciembre de 1998 en la investigación preliminar 19/97 contra *Pinochet*:

"Al frente de todo este organigrama del terror se encuentra presuntamente Augusto Pinochet Ugarte, que si bien no participa en la ejecución material [de propia mano] de los hechos, sí idea el plan y lo financia con cargo a los fondos públicos del propio Estado [...].

[73] Así, *Murmann*, *GA*, 1996, pp. 278 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La presunta participación de Augusto Pinochet como inductor está clara [...];

a) es directa y se ejerce sobre personas determinadas.

Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con *dominio absoluto del hecho*, la ejecución directa a través de la jefatura exclusiva de la DINA;

(...)

g) es *seguida de la ejecución* del delito convenido [...].

Augusto Pinochet, en su papel de Director del plan delictivo provisionalmente establecido desarrolla [...] toda una serie de actos necesarios e insustituibles e imprescindibles, sin los cuales no se habría producido la comisión, persistencia y permanencia de la acción delictiva, efectuada según el plan previamente concertado en el que cada uno de los partícipes desempeñan los respectivos "roles o papeles" que han asumido y en los que resultan difícilmente sustituibles de acuerdo con la "teoría de los bienes escasos". En efecto, los miembros de la Junta de Gobierno, los mandos militares implicados, en especial los de los Servicios de Inteligencia o aquellos que cumplieran las órdenes en inmediata relación de jerarquía, difícilmente pueden escapar a la conceptuación de coautores. Pero, desde luego, tal calificación es ineludible para Augusto Pinochet Ugarte (...)".[74]

Con prescindencia de la dudosa apreciación jurídica, basada evidentemente en la "teoría de los bienes escasos" de *Gimbernat*,[75] que en definitiva –si se quiere solucionar la contradicción de una inducción y una coautoría que operan al mismo tiempo– acaba en una inducción en coautoría, el pasaje citado pone de manifiesto que a una apreciación jurídica correcta debe preceder un análisis fáctico de las relaciones de intervención al hecho. Las constataciones fácticas constituyen la base de la apreciación jurídica y esta obviedad –que vale en general– habla decisivamente en favor de un punto de vista preferentemente fáctico, que luego, dado el caso, se deberá completar y asegurar con una fundamentación normativa. En cuanto a la misma responsabilidad jurídico-penal de *Pinochet*, que aquí sin embargo no es de mayor importancia y a falta de constataciones fácticas más precisas sólo puede ser juzgada provisionalmente, de los pasajes citados se pueden deducir absolutamente argumentos para la fundamentación de una autoría mediata con

[74] En Ahlbrecht/Ambos (editores), *Pinochet* (1999), pp. 136 s. (las notas al pie han sido omitidas y el resaltado agregado).

[75] Gimbernat, *Autor* (1966), pp. 151 y ss., 194 y ss. Ver también Ambos, *Parte general* (2005), p. 180 con nota 58.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

base en el dominio de la organización: *Pinochet* no sólo habría impartido órdenes criminales, sino a veces incluso habría controlado "con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa" del crimen. Los crímenes acordados habrían sido, sin más, ejecutados y *Pinochet* habría sido el "conductor" del plan delictivo.

Todo esto muestra también que, precisamente, el dominio del hecho no es sólo un fenómeno jurídico o normativo, como opina *Jakobs*,[76] sino ante todo también un fenómeno fáctico. Esto se muestra con el hecho de que la fungibilidad es un criterio problemático justamente desde el punto de vista empírico. Por tal razón se necesita de la fundamentación normativa *complementaria* del dominio por organización como aquí se ha expuesto. En este sentido, la teoría del dominio por organización puede entenderse como un "*entrelazamiento*" (*"Verflechtung"*)[77] de componentes normativos y fácticos. Desde un punto de vista *fáctico*, junto con el criterio del dominio por control, brinda un elemento para determinar la figura central del suceso. El empleo de consideraciones *normativas* permite –excepcionalmente– atribuir ese rol también a un autor de atrás del autor. De este modo, se clarifica la combinación de componentes fácticos y normativos en el sentido del mencionado entrelazamiento. En los casos problemáticos, el poder de control se reparte entre el hombre de atrás y el ejecutor material. En cuanto al ejecutor material, este poder se funda en su cercanía al hecho. En relación con el hombre de atrás que emite la orden, resulta de su influencia sobre la organización en la cual está integrado el ejecutor. Quien ordena, tiene en sus manos la organización por medio de la cual, en definitiva, es controlado mediatamente el ejecutor material. En esta influencia indirecta sobre el ejecutor reside también una diferencia decisiva con la inducción. El poder sobre la organización de quien da las órdenes hace al ejecutor por ello y *en tal medida* intercambiable y sin importancia.

Vale la pena enfatizar que la falta de fungibilidad *concreta*, constatada con acierto por *Herzberg*,[78] y la existencia de una fungibilidad abstracta o posterior no es un argumento idóneo –ni mucho menos decisivo– contra la teoría del dominio por organización. Sólo hace evidente que un punto de vista puramente naturalista-descrip-

[76] Jakobs, *NStZ* 1995, 27.

[77] Roxin, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 55.

[78] *Cfr. supra* notas 58 ss. y texto.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tivo en el sentido de la determinación de la figura central no puede proporcionar una solución convincente. Más bien, consideraciones normativas hacen autor a quien ordena. Su poder fáctico de control es sólo el punto de partida. Este poder tiene carácter abstracto, no es en todos los casos demostrable y por eso es considerablemente relativizado.

Así, la autoría del hombre de atrás resulta de las siguientes consideraciones normativas basadas en un modelo de imputación normativizante en el sentido explicado en otro lugar:[79] la responsabilidad por el hecho individual crece en la organización en la medida que aumenta la distancia del nivel de ejecución, esto es, con la ubicación elevada del nivel de mando (punto de vista denominado *Top-down*). Esta valoración fundamental,[80] orientada a la responsabilidad, determina la solución de los casos problemáticos. Con base en esta valoración es posible considerar como autores a dirigentes como Hitler, Himmler, Honecker, Videla y Pinochet. El poder fáctico de control, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas. De esta manera, el punto de vista fáctico es corregido normativamente.[81] El BGH también eligió esta argumentación al fundamentar la autoría en los casos de los disparos del muro.[82]

Con esto no se debe ver una recaída en la teoría subjetiva, sino un perfeccionamiento de la teoría de la intervención en el delito en vista de nuevas formas colectivas de criminalidad. Frente a este trasfondo, son necesarias reflexiones adicionales para determinar si la teoría del dominio por organización requiere una *independización* o por lo menos una *fundamentación autónoma*. De acuerdo al punto de vista tradicional, ella es una entre varias subformas de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad. Se la entiende como una excepción del "autor detrás del autor". Su relevancia práctica creciente ha generado, sin embargo, más y más opiniones doctrinarias que reclaman con argumentos dignos de atención una emancipación de la dogmática tradicional de la intervención en el delito, al menos en el ámbito del derecho penal internacional signado por formas de comisión colectivas. Sea como fuere, esta discusión confirma, en todo caso, que la teoría del dominio por organización es el punto de partida acertado para los casos que aquí se analizan.

Kreß[83] extrae del § 357 apartado 1 del StGB (inducción del subordinado por el superior) el punto de partida para un dominio por organización independiente. *Hilgers*[84] propone una codificación separada como tipo penal. *Heine*[85] aboga por la consideración del injusto de la organización y del sistema originario creado con el establecimiento de un aparato de poder y compuesto de riesgos sistémicos concretos para determinados bienes jurídicos. *Vest*[86] va aún más allá y considera al aparato organizado de poder en sí mismo como la figura central del suceso típico, cuyo dominio del hecho contendría más que la suma de los dominios individuales de los intervinientes. Aquí sale a la luz un *principio de imputación del hecho total ("Zurechungsprinzip Gesamttat")*, según el cual, la organización criminal como un todo se convierte en punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho,[87] los cuales deben ser evaluados a la luz de sus repercusiones sobre el plan criminal total o en función del fin perseguido por la organización criminal. Se puede hablar de un *dominio de la organización escalonado*, en donde el dominio del hecho presupone, por lo menos, alguna forma de control sobre una parte de la organización.[88] La distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de intervención en el delito: el primer nivel, más elevado, está compuesto por los autores que planifican y organi-

[79] Ver Ambos, *Parte general* (2005), 163 y s. (en este libro en el trabajo sobre "Imputación (objetiva) y dpi" al final); ver también Vogel, *ZStW* 114 (2002), 406 ss.

[80] *Cfr.* MüKo-StGB/Kreß, §220a nm. 100 con mayores referencias bibliográficas.

[81] En este sentido, entendido como correctivo, Heine tiene razón al hablar de un abandono de la idea de la figura central del suceso (*JZ* 2000, p. 924).

[82] BGHSt 40, 218, 237: "En tales casos, no considerar como autor al autor de atrás sería injusto en relación con el peso objetivo de su contribución al hecho, especialmente porque con frecuencia la responsabilidad crece y no disminuye con la mayor distancia respecto del lugar del hecho".

[83] MüKo-StGB/Kreß, §220a, nm. 99 ss.

[84] Hilgers, *Verantwortlichkeit* (2000), p. 241.

[85] Heine, *JZ* 2000, p. 925 ss.

[86] Vest, Genozid (2002), p. 236 ss.

[87] *Cfr.* fundamentalmente Dencker, *Kausalität* (1996), pp. 125 ss., 152 ss., 229, 253 ss. y *passim*; el mismo, *FS Lüderssen* (2002), p. 525, pp. 534 ss. Vest, *Genozid* (2002), pp. 214 ss., 236 ss., 303, 304 ss., 359 ss. desarrolla su pensamiento especialmente en cuanto al crimen de genocidio.

[88] *Cfr.* ya Ambos, *GA* 1998, pp. 237 y ss.; aprob. Vest, *Genozid* (2002), p. 239.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

zan los sucesos criminales, esto es, los que como *autores por conducción ("Führungstäter")* pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel, encontramos a los autores de la jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización y por esto pueden ser designados como *autores por organización ("Organisationstäter");* finalmente, en el más bajo nivel, el tercero, están los meros *autores ejecutivos ("Ausführungstäter"),* que aparecen sólo como auxiliares de la empresa criminal total.[89] En una dirección similar se encuentra *Schlösser* con su modelo de imputación funcional-social,[90] a partir del cual desarrolla una doctrina del dominio social del hecho.[91] Según ésta, la falta de libertad del autor directo es derivada de su relación (subordinada) respecto del superior; éste se convierte en razón del rol institucionalizado a él asignado en "causa última de defecto". Desde un punto de vista sociológico de la organización, el motivo del sometimiento habría de verse en la inferioridad jerárquica.[92] La relación de *supra* y subordinación interpersonal actuaría como factor constitutivo del dominio.[93] Visto desde el punto de vista de la filosofía jurídica, la libertad en este sentido habría de entenderse siempre sólo como libertad en las relaciones interpersonales.[94]

III. SOBRE LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA MEDIATA Y COAUTORÍA SEGÚN NIVELES DE JERARQUÍA

La doctrina no se ha ocupado realmente de la cuestión de hasta qué nivel de jerarquía es posible partir de un dominio por organización del provocador del hecho.[95] La jurisprudencia alemana acep-

[89] *Cfr.* Vest, *Genozid* (2002), pp. 29 s., 240 ss., 302.

[90] Schlösser, *Verantwortlichkeit* (2004), pp. 33 ss. (39); *cfr.* ya § 7 II. 7 con nota 154.

[91] Schlösser, *Verantwortlichkeit* (2004), pp. 59 ss. (61).

[92] Ídem, 67.

[93] Ídem, p. 72.

[94] Ídem, pp. 73 ss. (75).

[95] Crít. de todos modos Jakobs, *AT* (1993), 21/103, en la nota 190; en contra Roxin, *Täterschaft* (1994), p. 654, en donde, sin embargo, sólo repite su conocida opinión según la cual autor es todo aquel "que en el marco de una relación de jerarquía transmite la orden criminal con autónomo poder de mando". Últimamente, *Vest, ZStW* 2001, 493 s.; el mismo, *Genozid* (2002), pp. 230 ss. y *passim.*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ta una autoría mediata en virtud del dominio de la organización, apoyándose en la teoría de *Roxin,* también respecto de acusados situados por debajo del vértice de la organización o del Estado.[96] Independientemente del poder fáctico de mando o de organización del hombre de atrás, aquí se repite como una letanía la conocida fórmula según la cual existe dominio del hecho cuando el hombre de atrás "mediante estructuras de organización aprovecha determinadas condiciones marco dentro de las cuales su contribución al hecho desencadena procesos reglados".[97] Según esta jurisprudencia, incluso un ciudadano alemán occidental que con su denuncia de los planes de fuga de un ciudadano de la antigua DDR causa la detención antijurídica de éste puede ser penado por privación de la libertad en autoría mediata "particularmente si el autor se aprovecha conscientemente de un aparato estatal que actúa antijurídicamente para la persecución de fines personales".[98] De qué modo un simple ciudadano podría dominar un aparato estatal –además extranjero–, resta aquí, sin embargo, sin respuesta. El dominio de la organización no se supedita siquiera a la pertenencia del acusado a la organización en cuestión.[99] Sin embargo, difícilmente se podrá afirmar que el juez, el agente de seguridad o el oficial de policía que causan en concreto la detención antijurídica representan una ruedecilla en el engranaje del aparato estatal extranjero intercambiable a voluntad por el denunciante.

En este contexto también es problemático el caso Eichmann. Al respecto, *Roxin* ha partido de una autoría mediata con la fundamentación de que Eichmann no sólo habría sido ejecutor, sino simultáneamente quien daba las órdenes en relación con las personas a él subordinadas, "así que, en este sentido, también valen para él los criterios que convierten en autores mediatos a sus hombres de atrás".[100] Sin embargo, mientras la autoría de Eichmann está fuera de discusión,[101] no lo está en absoluto la clase de autoría. Como

[96] BGHSt. 42, 65 = *NJW* 1996, 2042 (p. 247 vers. al.).

[97] BGHSt 40, 218 (236).

[98] BGHSt 42, 275 (278).

[99] Cfr., al respecto, la pertinente crítica de Arnold, *NJ* 1999, 289 s. a la sentencia Havemann del BGH del 10 de diciembre de 1998 con la cual la teoría del dominio por organización fue implícitamente introducida en los casos de prevaricación.

[100] Roxin, *Täterschaft* (2000) (249), pp. 246 ss. (246); el mismo, *GA* 1963, 201 ss.

[101] *Cfr.* Ambos, *Parte general* (2005), pp. 176, 180. De otra opinión, sin embargo, Gimbernat, *supra,* en la nota 34.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

es conocido, el Tribunal de Distrito de Jerusalén ha afirmado incluso una coautoría.[102] Yo he manifestado dudas respecto del dominio del hecho de Eichmann en virtud del dominio de la organización, sin que ello me haya decidido finalmente a una posición opuesta.[103] Me sigue pareciendo correcta bajo todo punto de vista la tesis de que con Eichmann se ha reconocido la posibilidad de un *dominio por organización de varios niveles y que este dominio se condensa y acumula al ir aumentando el poder de decisión y la disponibilidad de los recursos personales.*[104] Frente a la expansión del dominio por organización en la jurisprudencia (federal alemana) parece necesario *diferenciar* claramente entre el vértice de la organización y los funcionarios que –aunque de alto rango– están situados por debajo de éste. Visto detenidamente, no se puede negar que sólo el vértice de la organización, que regularmente está constituido formalmente como consejo de defensa nacional, como *junta* o también como mero gobierno, puede ejercitar un dominio absoluto *por medio de* y *sobre* el aparato organizado de poder que de él depende.[105] Además, esta instancia representa al Estado de manera especial y carga con la responsabilidad por posibles injerencias en los derechos fundamentales, a cuya abstención el ciudadano tiene derecho frente al Estado. Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejercicio le es imputable a la conducción del Estado. Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Por el contrario, tal "perturbación" es del todo posible en un funcionario de nivel alto o medio como *Eichmann*: sus órdenes de transportar a los judíos en los campos de concentración podrían haber sido retiradas o anuladas en todo momento por sus superiores. Del mismo modo, su poder de mando sobre los ejecutores directos podría haber sido impedido sin problemas por sus superiores, pues en última instancia los autores directos no eran responsables ante Eichmann, sino ante los vértices de la conducción del nacionalsocialismo. Lo mismo se puede decir respecto del ya nombrado comandante de campo de las SS, *Höß*.[106] Tampoco él era "hacia abajo" el único dueño de los sucesos, ni tenía "hacia arriba" completa autonomía e independencia. La falta de dominio del hecho de los intervinientes que no pertenecen al vértice directo de la organización, pero que sin embargo poseen un alto nivel de mando resulta también de las declaraciones del ya mencionado Manuel *Contreras*, que, como antiguo jefe del servicio secreto, estaba directamente subordinado a *Pinochet*:

> "(...) el ejercer el Mando Pleno en una Institución Militar no involucra ser independiente, por cuanto todos los Comandantes tienen un Mando Superior del cual dependen, al cual deben rendirle cuenta permanentemente del cumplimiento de sus misiones y de las órdenes recibidas. En mi caso particular ése era el Presidente de la República, y es por eso que digo que yo no me mandaba solo y cualquier misión a cumplir tendría que haber venido, como siempre vino, del Presidente de la República".[107]

Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan *"sin perturbación alguna"*. Según lo dicho, esto es así sólo respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales ("los generales") que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno.

Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo al nivel medio de conducción, poseen dominio de la organización *dentro* del aparato a lo sumo respecto de *sus* subordinados.[108] Ellos no dominan todo el apara-

[102] *Cfr.* Ambos, *supra* nota *, pp. 184 s.
[103] Ambos, *GA* 1998, 236 ss. = *Dominio* (1998), pp. 34 ss.
[104] Ídem, 237, 238.
[105] Así también Vest, *ZStW* 2001, 493 s.; en contra Faraldo Cabana, *Responsabilidad* (2004), pp. 204 s., que considera esta posición "extremadamente restrictiva" y sigue a Roxin "en el sentido de que debe ser considerado autor mediato quien, en el marco de la organización jerárquica, transmite la orden delictiva con poder de mando independiente". Sin embargo, esta posición, al igual que la jurisprudencia alemana, puede ser cuestionada, porque no explica cómo el mero hecho de poder transmitir una orden podría significar un dominio del aparato.
[106] *Cfr.* ya *supra* nota 61 y en el texto.
[107] Citado según el auto de procesamiento de la justicia española en el proceso contra Pinochet, mencionado ya *supra* (nota 74), en Ahlbrecht/Ambos (editores), *Pinochet* (1999), p. 124.
[108] *Cfr.* también Vest, *ZStW* 2001, 493 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

to, sino a lo sumo una *parte* de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una *coautoría* fundada en la división funcional del trabajo. Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la "solución final". Tampoco hubiera podido funcionar tan eficientemente la maquinaria de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, en particular bajo la orden y supervisión del comandante de campo Höß. En este sentido, no pueden prosperar los usuales argumentos en contra de la coautoría en el marco de organizaciones formales, expuestos por último y una vez más por *Roxin*.[109]

Ante todo, tampoco en estos casos debe ser remplazado el criterio de la *resolución común a cometer el hecho*, como proponen *Jakobs* y sus discípulos, por una mera decisión de inserción (*Einpassungsentschluß*).[110] Por el contrario, se puede partir con la doctrina mayoritaria de un acuerdo de voluntades informal de los intervinientes.[111] A *Roxin* se le debe conceder, por cierto, que en caso de delitos en el marco de un aparato organizado de poder *por lo general* –¡pero esto no es siempre así!– quien emite la orden y quien la ejecuta no se conocen y tampoco deciden nada conjuntamente.[112] Sin embargo, ello tampoco tiene importancia, pues para un acuerdo de voluntades informal es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente.[113]

Por otra parte, la *realización del tipo* en coautoría no se debe entender de manera estricta, como ya se ha expuesto en otro lugar,[114] en el sentido de excluir toda *acción preparatoria*. Para citar a *Roxin*: tampoco el jefe de la banda se "ensucia las manos, sino que él se sirve de los órganos ejecutivos".[115] Dominio funcional del hecho no

[109] Roxin, *FS Grünwald* (1999), pp. 552 ss.; asimismo Küpper, *GA* 1998, 524.
[110] *Cfr.* al respecto Ambos, *Parte general* (2005), p. 185 con nota 93.
[111] *Cfr.* Ambos, *Parte general* (2005), p. 184 con nota 88.
[112] *Cfr.* Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 553.
[113] Asimismo, Hernández Plasencia, *Autoría mediata* (1996), p. 266: "El acuerdo común (...) puede producirse a través de actos *concluyentes*" (el destacado es del autor).
[114] *Cfr.* Ambos, *Parte general* (2005), pp. 192 y ss.
[115] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 553.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

significa otra cosa que un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división del trabajo. En estos casos el actuar conjunto consiste en que el "autor de escritorio" planea, prepara y ordena la comisión del hecho y el subordinado lo ejecuta. Ambas contribuciones al hecho son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida.[116] Se debe tener presente, además, que está en la lógica del dominio funcional del hecho que a medida que el número de intervinientes crece, las aportaciones individuales al hecho pueden resultar cada vez más pequeñas, sin que esto deba conducir a una preponderancia en los otros intervinientes.

Finalmente, en cuanto al argumento de la *diferencia estructural* entre la autoría mediata vertical y la coautoría horizontal, aunque en principio debe ser reconocida,[117] con esto sólo se indica precisamente una diferencia estructural que no permite una delimitación segura en los casos límite, tales como de los que aquí se trata. En nuestro contexto, ella es idónea como argumento en favor de una autoría mediata sólo en los casos en los cuales la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia del hombre de atrás. En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y coautoría en el caso de los niveles jerárquicos medios y bajos se centra en la decisión de si se está dispuesto a aceptar un *déficit de dominio* del superior o, más bien, un déficit de equiparación entre los intervinientes. Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, el criterio de la equiparabilidad y simultaneidad de la coautoría no debe ser entendido de modo demasiado estricto. Precisamente el caso del jefe de la banda muestra que también en la coautoría puede existir una relación jerárquica entre los intervinientes.[118]

Last but not least, también la Sala de Apelaciones del ICTY en *Tadic* ha defendido la opinión de que en los casos de comisión siste-

[116] En contra de la interpretación estricta de Roxin, recientemente también Muñoz Conde, en Ferré/Anarte (editores), *Delincuencia* (1999), pp. 155 ss., quien entre otras cosas por ello aboga en el resultado por una coautoría mediata en caso de organizaciones criminales no estatales (también el mismo, *RP* 6 [2000], 113 = *FS Roxin* [2001], pp. 622 ss.).
[117] *Cfr.* Ambos, *Parte general* (2005), p. 193 con nota 147 y p. 196 con nota 164.
[118] Asimismo, Hernández Plasencia, *Autoría mediata* (1996), p. 267.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mática de crímenes en un determinado contexto organizado –como los llamados casos de campos de concentración en el marco de su segunda categoría (jce II)– son responsables como coautores los organizadores o líderes responsables.[119] Aunque la Sala se haya limitado allí a delimitar la coautoría de la complicidad, dejando abierta la cuestión de la posibilidad de una autoría mediata, esta sentencia de apelación representa, sin embargo –no sólo a causa de su efecto vinculante para la primera instancia–, otro argumento importante en favor de la aceptación en estos casos de una coautoría en lugar de una autoría mediata.

IV. UNA VEZ MÁS: EL CRITERIO DE LA DESVINCULACIÓN DEL DERECHO

Yo he sostenido el punto de vista de que el criterio de la desvinculación del derecho, tal como fue entendido originariamente por *Roxin*, esto es, en el sentido de un aparato organizado de poder que está fuera del ordenamiento jurídico, es superfluo para la fundamentación del dominio por organización.[120]

También *Herzberg*[121] rechaza ahora el criterio de la desvinculación del derecho. Para él, la autoría mediata se tendría que fundamentar siempre en relación con la especificidad del delito. Lo determinante sería el dominio de la organización por medio de la fungibilidad y sería "secundario interrogar[se] aun también acerca de si los miembros de la organización no respetan el ordenamiento jurídico en su conjunto y están dispuestos a ordenar y a ejecutar todo tipo posible de delito". Una postura similar defiende también *Rotsch*.[122] Este autor señala con acierto especialmente que la fungibilidad es independiente de la desvinculación del derecho, pues el aparato tendría siempre a disposición ejecutores que no tienen ningún escrúpulo en ejecutar la orden criminal a pesar de normas jurídicas que se opongan a ello.[123]

Roxin[124] ha objetado a esto que "una desvinculación del derecho de la actividad del aparato respectivo" necesitaría "referir[se] *sólo a los hechos* incriminados cometidos en autoría mediata y no a todo el ámbito de acción de la organización". Según su opinión, yo habría negado la necesidad de la desvinculación del derecho "también en este sentido *limitado*". Esta crítica parece basarse en un malentendido, pues yo he partido de una comprensión *amplia* de la desvinculación del derecho, tomada de su libro *"Täterschaft und Tatherrschaft"* (Autoría y dominio del hecho), cuestionándome *a este respecto* sobre su sentido. Para *Roxin*, el sentido de la desvinculación del derecho residiría en que con ella se anularía el derecho que se opone al actuar del ejecutor y en consecuencia éste no estaría impedido a ejecutar la orden:

> "Pues, mientras la dirección y los órganos de ejecución permanezcan ligados en principio a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, la orden de cometer delitos no puede operar fundamentando el dominio, porque las leyes tienen un valor normativo más alto y normalmente *excluyen* el cumplimiento de órdenes antijurídicas y *con ello el poder de voluntad del hombre de atrás*".[125]

En mi opinión, una desvinculación del derecho *entendida de este modo* no puede ser un presupuesto obligatorio del dominio por organización, porque también existen –en el ámbito de la criminalidad de Estado– aparatos organizados de poder que actúan criminalmente sin desvincularse del derecho, al menos sin desvincularse del derecho positivo, sino a lo sumo del derecho suprapositivo (derecho natural). Si se acepta esto –y también *Roxin* parece

[119] *Cfr.* Ambos, *Parte general* (2005), p. 194 con nota 154.

[120] *Cfr.* Ambos, *GA* 1998, 241 ss. (242, 245); aprob. Rotsch, wistra 1999, 327; probablemente también Muñoz Conde, *RP* 6 (2000), 106 s., 109 = *FS Roxin* (2001), pp. 613 s., 617; *cfr.* también Schild, *Täterschaft* (1994), pp. 22 s.; Gropp, *JuS* 1996, 16. Por el contrario, en favor de la desvinculación del derecho Brammsen, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 142, quien ve en este criterio la única posibilidad de "concebir la forma más particular de intervención" (134) del dominio por organización "y [de] crear materialmente, con libre apoyo en el principio del '*versari*' y en el 'principio de la vergüenza', un fundamento en cierto modo lo suficientemente sólido" (las notas al pie han sido omitidas). Si se entiende a la desvinculación del derecho como un "desprendimiento de las normas (fundamentales) del derecho" (ídem), entonces debe objetarse la crítica que se le ha hecho como "interpretación del derecho formalista-positivista" (así Brammsen, *loc. cit.*, en la nota 222 en contra de mi opinión). También, según Heine, en Eser/Yamanaka (editores), *Einflüsse* (2001), p. 103, la exigencia de la desvinculación del derecho tiene "completo sentido en vista del principio de la autorresponsabilidad" (en favor de esto probablemente también S/S-Cramer/Heine (2001), § 25, nm. 25a). También Faraldo Cabana, *Responsabilidad* (2004), pp. 96 ss. (100), proponiendo distinguir entre la organización delictiva *per se* y la organización lícita en cuyo ámbito se cometen delitos sólo ocasionalmente.

[121] Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 36 s.; 57, 59.

[122] Rotsch, *ZStW* 2000, 533 ss., 561; ya también el mismo, wistra 1999, 327.

[123] Rotsch, *ZStW* 2000, 535.

[124] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 556 (el destacado es del autor); aprob. *Rogall, FS BGH* IV (2000), p. 425.

[125] Roxin, *Täterschaft* (2000), p. 249 (el destacado es del autor).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

hacerlo–, se debe diferenciar entre dos formas de desvinculación del derecho: Por un lado, una desvinculación del derecho escrito, *positivo*, que representaría el caso normal, pudiéndosela designar como desvinculación del derecho *"positivo"*. Por el otro, una desvinculación del derecho no escrito, *suprapositivo*, que sólo podría existir de modo excepcional en determinados aparatos de poder estatales y que se la puede nombrar como desvinculación del derecho *"suprapositivo"*. La desvinculación del derecho positivo conduce a dejar sin efecto normas de prohibición de derecho positivo, no pudiendo éstas, en consecuencia, impedir (más) –en el sentido de una barrera normativa– la ejecución concreta del hecho. En el caso de la desvinculación del derecho suprapositivo, el derecho positivo rige sin restricciones, y puede incluso ordenar o permitir la conducta criminal; pero el aparato organizado de poder se ha desvinculado del derecho suprapositivo, el cual es infringido por el derecho positivo y, con ello, también por la conducta criminal basada en éste. La barrera normativa para el ejecutor directo que ha de ser eliminada por la desvinculación del derecho no es puesta por el derecho positivo, sino, a lo sumo, por el derecho suprapositivo. Sin embargo, esto debe ser reconocible para el ejecutor del hecho.

Pero no sólo se debe diferenciar entre desvinculación del derecho positivo y del derecho suprapositivo, sino ahora también –según la reciente toma de posición de *Roxin*– entre desvinculación del derecho *en sentido amplio* y *en sentido restringido*. Cuando *Roxin* me objeta en cuanto a la criminalidad no estatal que una autoría mediata en virtud del dominio por organización sólo entra en consideración naturalmente "si la conducta en cuestión es punible según el ordenamiento jurídico existente"[126] y si la desvinculación del derecho de un aparato de poder no estatal que actúa delictivamente no se encuentra "influenciada por la intervención de autoridades estatales en esa clase de criminalidad", entonces él parece partir de una desvinculación del derecho en sentido restringido, a saber, una desvinculación del derecho positivo específica del delito, de una desvinculación del derecho como mero actuar injusto punible.[127] En un principio *Roxin* partía, sin embargo, como ya fue expuesto,[128] de una desvinculación del derecho en sentido amplio,

[126] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 557.

[127] Similar en su réplica a Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 55: "...desvinculado de la prohibición de cometer homicidios...".

[128] Ambos, *GA* 1998, 241 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

según la cual "el aparato en su conjunto actúa fuera del ordenamiento jurídico".[129]

Ahora bien, en cuanto concierne a la criminalidad estatal, *Roxin* considera inaceptable mi punto de vista por lo siguiente:

> "Pues, cuando el Estado actúa de modo 'criminal' –y éste es el presupuesto para la punibilidad como autor mediato del detentador del poder–, la conducta incriminada no puede estar cubierta por el 'derecho positivo'. Una disposición que la autorice sería necesariamente nula, si esto se deriva de una infracción contra el derecho nacional estatal de rango superior, contra acuerdos internacionales del Estado en cuestión, contra la costumbre internacional o contra los derechos humanos basados en el derecho natural".[130]

A mi objeción anterior,[131] que aquí se reitera, de que no tendría ningún sentido una comprensión de la desvinculación del derecho abstraída del derecho positivo, ya que las prohibiciones suprapositivas serían demasiado imprecisas como para poder constituir una barrera normativa a la ejecución concreta del hecho, Roxin opone ahora que no se trataría de si la desvinculación del derecho es concreta o abstracta, "sino únicamente de si una acción ordenada desde el Estado es o no un injusto punible. Si es un injusto punible, entonces existe una desvinculación del derecho sin que en ello nada se 'desdibuje'".[132] Con prescindencia de que con ello *Roxin* renuncia definitivamente a la desvinculación del derecho en sentido amplio en favor de la desvinculación del derecho en sentido restringido,[133] no se trata, sin embargo, de *si* existe o no la desvinculación del derecho, sino de cómo repercute su existencia en la ejecución concreta del hecho. Es decir, si la circunstancia de que un aparato organizado de poder actúe desvinculado del derecho, repercute de tal modo en la ejecución concreta del hecho como para que las órdenes criminales sean ejecutadas sin titubear ni vacilar por el autor directo –por falta de una barrera normativa–. La diferencia entre la llamada desvinculación del derecho en sentido restringido y aquella en sentido amplio reside manifiestamente en

[129] Roxin, *Täterschaft* (2000), p. 249.

[130] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 557.

[131] Ambos, *GA* 1998, 244 s. = *Dominio* (1998), pp. 49 ss.

[132] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 558.

[133] También Muñoz Conde, *RP* 6 (2000), 106, nota 18 *bis* = *FS Roxin* (2001), p. 612, nota 19 reconoce esta desviación de Roxin de su interpretación originaria. *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 425, sin embargo, la pasa por alto.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

que en aquella infracción es más clara y palpable que en ésta y, por ello, se puede hablar realmente de una barrera normativa a la ejecución de la orden que se debe eliminar. Mientras que la lesión del derecho positivo es reconocible por un ejecutor promedio o, en todo caso, debe ser considerada reconocible –en el sentido de una ficción necesaria para el Estado–, no se puede afirmar lo mismo de ninguna manera respecto de una lesión del derecho suprapositivo. Quien quiera partir por tanto –de frente a la problemática de los francotiradores del muro de manera del todo comprensible– de una desvinculación del derecho en sentido amplio, no sólo deberá soportar la crítica general relativa a la precisión de su concepción, sino que se deberá interrogar acerca de si el derecho suprapositivo puede en verdad servir como límite normativo, para poder así ser eliminado por la desvinculación del derecho suprapositivo en sentido restringido. Desde luego, quien parte con *Roxin*[134] de "que las violaciones más graves a los derechos humanos (...) son evidentes a todo sentimiento jurídico más o menos intacto" y quiera limitar la desvinculación del derecho suprapositivo a tales violaciones a los derechos humanos, será naturalmente de esa opinión, es decir, partirá de que también el derecho suprapositivo ("¡no lesiones los derechos humanos fundamentales!") representa para el receptor de la orden que ejecuta directamente el hecho una barrera normativa y que, por consecuencia, puede ser eliminado por medio de la desvinculación del derecho.

Sin embargo, esto me parece dudoso. Tomemos el caso de los francotiradores del muro de la DDR.[135] Si hoy se le reprochase a la DDR –en cierto modo *ex post facto*– haber actuado desvinculada del derecho en sentido amplio, ese reproche no se podrá sostener más allá de la lesión de la prohibición de cometer homicidios y no se podrá decir que el aparato de poder de la DDR *como un todo* se ha desvinculado de las normas del derecho (suprapositivas). En todo caso, la DDR ha actuado según su propio entendimiento conforme a derecho y, en consecuencia, los guardias de frontera como autores directos no se han –al menos no conscientemente– desvinculado del derecho.[136] La desvinculación del derecho en sentido

[134] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 558.

[135] *Cfr.*, al respecto, similar Herzberg, en Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 37.

[136] Con acierto, ídem.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

amplio que hoy le reprochamos a la DDR no ha tenido ningún rol, al menos en el momento de la comisión del hecho, ni desde el punto de vista de los hombres de atrás, ni desde el del ejecutor. ¿Cómo pudo ella, entonces, haber repercutido en la ejecución concreta del hecho y de este modo en el dominio de la organización del hombre de atrás? ¿Cómo pudo haber sido de importancia para el guardia de frontera que el aparato que se sirve de él haya actuado presuntamente desvinculado del derecho en sentido *suprapositivo*, si él mismo ha actuado conforme a los presupuestos del § 27 de la Ley de fronteras de la DDR, por tanto, sin actuar justamente desvinculado del derecho en sentido *positivo*? Al menos llama la atención que *Roxin* jamás haya designado a la DDR, en cuanto evidente, como un aparato de poder desvinculado del derecho en el sentido de su teoría.

Naturalmente, si se prescinde del caso especial de la DDR, se puede coincidir con *Roxin* cuando considera que existe desvinculación del derecho siempre que "una conducta ordenada desde el Estado represente un injusto punible". Sin embargo, con ello sólo se dice algo que resulta por sí solo del ocuparse con el derecho penal, es decir, que una conducta determinada es o no un injusto punible. Resta igualmente el siguiente interrogante: ¿Qué aporta una desvinculación del derecho en sentido restringido así entendida para la fundamentación del dominio por organización? *Roxin* afirma al respecto:

> "La importancia práctica del criterio de la desvinculación del derecho reside en que, junto a aquel de la fungibilidad, posibilita la delimitación de la autoría mediata de la inducción en el caso de órdenes en el ámbito de estructuras jerárquicas".[137]

Con ello *Roxin* quiere decir, como se sigue de las explicaciones siguientes, que se está en presencia de una autoría mediata siempre que exista la desvinculación del derecho del aparato organizado de poder en cuestión. Sólo si el aparato no actuase desvinculado del derecho, podría esperarse que no se cumpla una orden antijurídica. Es, por tanto, tal como se corroboró al comienzo: La desvinculación del derecho elimina el obstáculo puesto por el derecho positivo para cumplir con la orden antijurídica y convierte, por ello, a aquel

[137] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 558.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Zentralbibliotheken
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität

que domina el aparato desvinculado del derecho en autor mediato. Sin embargo, este mecanismo convence únicamente en los ejemplos elegidos por *Roxin*, esto es, en caso de organizaciones que se mueven en principio dentro del ordenamiento jurídico estatal y que en un caso determinado no respetan mediante la emisión de una orden antijurídica el derecho positivo impuesto por este ordenamiento. Tratándose de criminalidad estatal *y* de un aparato que actúa conforme a derecho –de acuerdo al derecho positivo– (DDR) se presentan los problemas arriba descritos. La divergencia de opiniones parece extenderse únicamente en este ámbito. Se trata, sin embargo, sólo de la pura cuestión de valoración –no verificable empíricamente– de si el derecho suprapositivo se considera reconocible para el ejecutor, de modo que la desvinculación del derecho le quite a éste toda inhibición normativa –por medio de la barrera puesta por el derecho suprapositivo– en la situación concreta del hecho.

También *Figueiredo Dias* me reprocha que parto de un falso entendimiento de la desvinculación del derecho[138] y opina, en lo esencial siguiendo a *Roxin*, que a pesar del entremezclamiento por mí aceptado, "el Estado y la organización criminal se mantienen, en esencia, como entidades separadas y opuestas", de modo que la desvinculación del derecho de las organizaciones criminales quedaría en pie. También *Figueiredo Dias* parte en los casos en que el Estado ha positivizado por ley actos ilícitos de una fundamentación suprapositiva de la desvinculación del derecho y parece, como *Roxin*, considerarla, sin más, reconocible. No se trataría aquí de la cuestión del dominio del hecho, sino solamente de la aceptación de un reproche suprapositivo de culpabilidad. Sin embargo, al fundamentar de este modo *Figueiredo Dias* pasa por alto lo que aquí he intentado mostrar, a saber, que la desvinculación del derecho también, y justamente, en su variante suprapositiva sólo tiene sentido si ella todavía puede representar razonablemente un presupuesto de la teoría del dominio por organización, es decir, si ella le puede quitar al ejecutor del hecho las eventuales inhibiciones normativas.

En resumidas cuentas, el criterio de la desvinculación del derecho –al menos como desvinculación del derecho suprapositivo– me parece que crea más confusión que utilidad práctica. La "importancia práctica" que *Roxin*[139] atribuye a este criterio para la delimitación entre autoría mediata e inducción la puede conseguir únicamente la desvinculación del derecho *positivo* en sentido restringido. La desvinculación del derecho *suprapositivo* en sentido restringido, relevante en nuestro contexto, padece de las incertezas propias del derecho

[138] Figueiredo Dias, en Ferré/Anarte (editores), *Delincuencia* (1999), pp. 104 s.
[139] Roxin, *FS Grünwald* (1999), p. 558.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

suprapositivo y, por ello, no es idónea como criterio seguro de delimitación para la fundamentación del dominio por organización. Probablemente, también éste sea el motivo de por qué la jurisprudencia jamás ha mencionado a este criterio en los casos pertinentes. En definitiva, considero que en nuestro contexto el criterio de la desvinculación del derecho sigue siendo prescindible.

V. CONCLUSIÓN

El *dominio por organización* requiere de una fundamentación normativa adicional, puesto que ya por razones fácticas no se puede partir en todos los casos de la *fungibilidad* del ejecutor en la situación concreta del hecho. Tal fundamentación normativa se centra en el dominio del Estado –obligado de modo especial a la protección de los ciudadanos– sobre la relación de reconocimiento hacia y entre los ciudadanos. Al impartir a un ciudadano (el autor) la orden antijurídica de dañar a otro (la víctima) esta relación de reconocimiento es lesionada de manera doble: por un lado, el Estado lesiona su deber especial de protección de sus ciudadanos y por el otro la relación entre éstos es lesionada por la injerencia de un ciudadano en la libertad de otro. Esta injerencia en la libertad ajena "materializa" el dominio del hecho por el Estado.

El dominio de la organización y, con ello, la autoría mediata sólo puede tener lugar respecto de los intervinientes que pertenecen al *vértice de la organización* del aparato de poder. Los autores que se encuentren por debajo de éste en la jerárquía no pueden ejercitar un dominio de la organización *sin perturbaciones sobre* el suceso total, sino que, a lo sumo, pueden dominar parte de los sucesos *dentro* del aparato. Por esto, ellos podrán ser penados por lo general sólo como *coautores*. Desde luego, la difícil delimitación en estos casos entre autoría mediata y coautoría muestra las limitaciones de la imputación penal individual clásica en los contextos de acción colectivos del derecho penal internacional. Aquí puede ayudar un principio de imputación del *hecho total*, el cual consiste, esencialmente, en la imputación de las aportaciones individuales al suceso injusto total. Con esto se puede hablar de una doble imputación en el marco de un modelo de imputación normativizante en el sentido ya explicado.[140]

[140] *Cfr. supra* nota 79 y texto.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La *desvinculación del derecho* puede eliminar la barrera normativa a la ejecución del hecho, y así servir como criterio razonable del dominio por organización, sólo si se la concibe como *desvinculación del derecho* positivo. Como desvinculación del derecho suprapositivo, tal como se manifiesta regularmente en los casos de criminalidad de Estado, este criterio carece de precisión, por lo cual resulta dudoso que pueda repercutir sobre la ejecución concreta del hecho. En consecuencia, la utilidad práctica de este criterio no es evidente, pudiéndose prescindir de él.

Además, se plantea la cuestión de si no puede eliminarse la crítica –en parte absolutamente acertada– a la figura del dominio por organización por medio de su *independización* y *emancipación* de la autoría mediata. Justamente porque el dominio por organización es indispensable como figura de imputación en el contexto del derecho penal internacional, quizás deba ser desarrollado y asegurado como una concepción *nueva* e *independiente*. En esa dirección se dirige también la propuesta de codificar el dominio por organización como tipo separado[141] o –de modo aún más radical– de convertir al mismo aparato organizado de poder en la figura central del hecho típico y efectuar una imputación del hecho total en el sentido *supra* señalado. En todo caso, estas propuestas necesitan mayor discusión y deben ser vistas en relación con el sistema de imputación de derecho penal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Ahlbrecht, Heiko/Ambos, Kai (eds.), *Der Fall Pinochet*(s). Baden-Baden, 1999.

Ambos, Kai, "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze". *GA* 1998, pp. 226-245; versión ampliada en castellano: "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder". Bogotá (Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho), 1998; versión más corta, *inter alia*, en *RDPC*, 2ª Época, t. 3 (enero 1999), pp. 133-165.

Ambos, Kai/Grammer, Christoph, "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann", *CDJP* (Argentina) 16 (2003), pp. 163-196 = RP (España) 12 (julio 2003), p. 27 = *Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales* (Instituto Nacional de Ciencias Penales), Nº 8, México 2003, pp. 11-41.

Ambos, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, Montevideo/Bogotá 2005 (Fundación Konrad Adenauer/Temis).

Arnold, Jörg, "Rechtsbeugung von Richtern und Staatsanwälten der DDR im 'Fall Robert Havemann'"? *NJ* 1999, pp. 286-292.

Bielefeldt, Heiner, *Philosophie der Menschenrechte*. Darmstadt, 1998.

Brammsen, Joerg, "Unterlassungshaftung in formalen Organisationen", en Knut Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Sinzheim, 2000, pp. 105-144.

Dencker, Friedrich, *Kausalität und Gesamttat*, Berlín, 1996.

——— "Beteiligung ohne Täter", en Contre Prittwitz *et al.* (eds.), *FS für Klaus Lüderssen zum 70.* Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, 2002, pp. 525-537.

Faraldo Cabana, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004.

Figueiredo Dias, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El 'dominio de la organización'", en Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borrallo (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva, 1999, pp. 99-107.

Freund, Georg, *Strafrecht. AT Personale Straftatlehre*. Berlín, entre otras, 1998.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Madrid, 1966.

Gropp, Walter, "Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als 'Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern'?" – BGHSt 40, 218. *JuS* 1996, pp. 13-18.

Heine, Günter, "Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten". *JZ* 2000, pp. 920-926.

——— "Einführung", en Albin Eser/Keiichi Yamanaka (eds.), *Einflüsse deutschen Strafrechts auf Japan und Polen*. Baden-Baden, 2001, pp. 101-107.

——— En Schönke, Adolf / Schröder, Horst, *StGB. Kommentar*. 26ª edición, realizado por Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree/Günter Heine/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben, Munich, 2001 (cit.: S/S-autor, año).

Hernández Plasencia, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*. Granada, 1996.

Herzberg, Rolf Dietrich, "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en Knut Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Sinzheim, 2000, pp. 33-61.

Hilgers, Benno Maria, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*. Friburgo en Brisgovia, 2000.

[141] *Cfr. supra*, nota 16.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Hoyer, Andreas, en *SK Band 1. AT* 7ª edición y ss. *Neuwied* 1993 ss. (estado: entrega 35°, marcha 2000) (cit. *SK*-autor, año).

Jakobs, Günther, *Strafrecht. AT Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe.* 2ª edición. Berlín, entre otras, 1993 (reimpresión inalterada de la 2ª edición de 1991).

——— Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.7.1994 – 5 *StR* 98/94. *NStZ* 1995, pp. 26-27.

Kreß, Claus, § 220a StGB/§ 6 VStGB. En *MüKo, Band 3,* Munich, 2003, pp. 638-671 (cit. por § y nm).

Krüger, Sven, *Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft.* Francfort del Meno, 1994.

Küpper, Georg, "Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen". *GA* 1998, pp. 519-529.

López Peregrín, Mª Carmen, *La complicidad en el delito.* Valencia, 1997.

Meyer, Maria-Katharina, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum.* Colonia, entre otras, 1984.

Muñoz Conde, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borrallo (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos.* Huelva, 1999, pp. 151-159.

——— "¿Dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones 'no desvinculadas del Derecho'?" *RP* 6 (2000), pp. 104-114 = "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen 'nichtrechtsgelöster' Organisationen?", en Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), *FS für Claus Roxin.* Munich, 2001, pp. 609-624.

Murmann, Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre.* Berlín, 1993.

——— "Tatherrschaft und Weisungsmacht". *GA* 1996, pp. 269-281.

Renzikowski, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung.* Tubinga, 1997.

Rogall, Klaus, "Bewältigung von Systemkriminalität", en Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. *FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht.* Munich, 2000, pp. 383-438.

Rotsch, Thomas, "Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen". *NStZ* 1998, pp. 491-495.

——— *Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere. Teil 1. wistra* 1999, 321-327; *Teil 2 wistra* 1999, pp. 368-375.

——— "Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?" *ZStW* 112 (2000), pp. 518-562.

Roxin, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", *GA* 1963, pp. 193-207.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

——— *Täterschaft und Tatherrschaft.* 6ª edición. Berlín, 1994.

——— "Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität", en Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Reiß (eds.), *FS für Gerald Grünwald zum 70.* Geburtstag. Baden-Baden, 1999, pp. 549-561.

——— *Täterschaft und Tatherrschaft.* 7ª edición. Berlín, 2000.

——— "Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg", en Knut Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft.* Sinzheim, 2000, pp. 55-56.

——— *Strafrecht AT Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat.* Munich, 2003.

Schild, Wolfgang, *Täterschaft als Tatherrschaft.* Berlín, entre otras, 1994.

Schlösser, Jan, *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht,* Berlín, 2004.

——— *Soziale Tatherrschaft: ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten.* Berlín, 2004.

Schroeder, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft.* Berlín, 1965.

——— "Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis", *JR* 1995, pp. 177-180.

Schünemann, Bernd, "Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland", en Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte.* Heidelberg, 1995, pp. 49-82.

Soeffner, Hans-Georg, "Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen", en Knut Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft.* Sinzheim 2000, pp. 13-29.

Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, *Strafrecht. AT* I. 5ª edic. Colonia, entre otras, 2004.

Vest, Hans, "Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?" *ZStW* 113 (2001), pp. 457-498.

——— *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit.* Baden-Baden, 2002.

Vogel, Joachim, "Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", *ZStW* 114 (2002), pp. 403-436.

Zaczyk, Rainer, *Das Unrecht der versuchten Tat.* Berlín, 1989.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA COMPLICIDAD A TRAVÉS DE ACCIONES COTIDIANAS O EXTERNAMENTE NEUTRALES

El presente artículo pretende tratar el problema de la complicidad a través de acciones cotidianas, respondiendo a las necesidades del estudiante que se enfrenta a la resolución de un caso práctico.[1]

Para ello, primero se precisa una descripción del problema, así como su ubicación dentro de la sistemática del delito. Por lo que afecta al contenido, se ha de reducir la ya casi inabarcable doctrina existente a dos puntos de vista fundamentales, y se defenderá la tesis de que estas dos posturas apenas se diferencian en cuanto a los resultados.

El texto del artículo debería resultar comprensible por sí solo y suficiente para sus fines didácticos. Las notas a pie tienen por objeto principal –dentro de lo que se entiende por un mínimo estándar científico– la verificación más detallada posible de las opiniones que no se mencionan expresamente en el texto.

I. EL PROBLEMA Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA

¿Es punible por complicidad (§ 27 StGB) el vendedor de un "vulgar"[2] destornillador, que posteriormente es utilizado por el comprador para un robo? ¿Responde el vendedor de cerillas como cómplice del incendio perpetrado con ellas? ¿Es responsable el panadero por el ulterior envenenamiento de su pan, y debe por lo

[1] *Cfr.* recientemente Murmann, *Jura Examensklausurenkurs, Sonderheft 2000*, p. 71, nota "*", quien advierte que el problema en cuestión es prácticamente desconocido incluso entre estudiantes de fin de carrera.

[2] Jakobs, *ZStW* 89 (1977), pp. 1, 20.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tanto ser penado como cómplice de asesinato con envenenamiento? Estos y otros casos[3] pertenecen al ámbito del problema de la complicidad a través de acciones cotidianas o de acciones externamente neutrales.[4] Bajo este concepto puede comprenderse toda acción "que el que actúa hubiese llevado a cabo frente a cualquier otro que se encuentre en el lugar del autor, porque con dicha acción persigue fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados".[5]

Antes de tratar la ubicación sistemática del problema es necesario ponerse de acuerdo sobre los presupuestos *objetivos* de la punibilidad de la complicidad. En este sentido, la jurisprudencia parte de la "fórmula del favorecimiento" (*"Förderungsformel"*),[6] mientras que la doctrina dominante parte de la "teoría de la causación del resultado" (*"Erfolgsverursachungstheorie"*)[7]. Estas dos posturas apenas se diferencian en cuanto al criterio material esencial para la determinación de la existencia de complicidad,[8] ya que, por lo general, un favorecimiento presupone un comportamiento causal.[9] En lo

[3] *Cfr.* una extensa exposición de casos en Wohlleben, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1996, pp. 7 ss.

[4] Sobre los diferentes conceptos *cf.*, por ejemplo, Otto, *Festschrift* (FS, libro homenaje) *Lenckner* 1998, p. 200.

[5] Wohlleben (cit. nota 3), p. 4 (crítico, sin embargo, de su propia definición en p. 104); Wolff-Reske, *Berufsbedingtes Verhalten*, etc., 1995, pp. 23 ss., comprende bajo este concepto la entrega de cosas, el otorgamiento de información y la prestación de otros servicios.

[6] *Cfr.* Roxin, *StGB Leipziger Kommentar (LK)*, 1993, § 27 nm. 1, pp. 23 ss., con ulteriores referencias, y nota 36, al pie. Sobre la crítica a la jurisprudencia *cf. LK*-Roxin, *loc. cit.*, § 27 nm. 20; Jakobs, *Strafrecht AT*^{2}, 1991, 22/35; Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 102 s.

[7] *Cfr. LK*-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 2; el mismo, *FS Miyazawa* 1995, pp. 501 s.; Schönke-Schröder (S/S)-Cramer, *Strafgesetzbuch*, 25ª edic., 1997, § 27 nm. 7; Samson, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 1993, § 27 nm. 6, 9; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5ª edic., 1996, pp. 693 s.; Jakobs (cit. nota 6), 22/34; Kühl, *Strafrecht AT*, 2ª edic. 1997, § 20 nm. 214 ss.; Gropp, *Strafrecht AT*, 1998, § 10 nm. 146.

[8] Por eso la delimitación de ambas opiniones ha sido frecuentemente señalada como un "falso problema" (así Roxin [cit. nota 7], p. 502; de acuerdo Otto [cit. nota 4], p. 195; también Murmann, *JuS* 1999, p. 549, nota 5).

[9] En este sentido, Mezger ha demostrado que la causalidad ha sido un componente de la fórmula del favorecimiento de la jurisprudencia del Tribunal del Reich (*cf. LK*-Roxin [cit. nota 6], § 27 nm. 23 s.). Podría constituir una excepción el "caso de la llave" (*RGSt* 6, 169), porque allí la ayuda prestada (entrega de la llave) no tuvo, en realidad, ninguna influencia en la comisión del hecho (*cf.* Murmann [cit. nota 8], p. 549).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sustancial, para las dos concepciones es suficiente con que se dé tal favorecimiento causal del hecho principal a través de la contribución del cómplice, lo que conduce a una extensión prácticamente ilimitada del tipo objetivo de la complicidad.[10] Al igual que sucede con la imputación del resultado en la autoría, también en la complicidad la causalidad del aporte del cómplice –en el sentido de una influencia en el modo concreto de realización del tipo (*"Modifikationskausalität"*)[11]– constituye sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para la responsabilidad penal.[12] Por ello, para obtener una delimitación y unos contornos racionales de la punibilidad de la complicidad se debe recurrir a las reglas generales de la imputación objetiva.[13] De acuerdo con ellas, la complicidad es un incremento causal y jurídicamente desaprobado del riesgo, lo que presupone, en primer lugar –además de la *Modifikationskausalität*– un *incremento del riesgo* (*Risikoerhöhung*) para el bien jurídico que se haya creado a través del aporte del cómplice y, con ello, una mejora de perspectivas desde el punto de vista del autor.[14]

[10] *Cfr.* la crítica general en la doctrina (especialmente de la complicidad psíquica en el sentido de la jurisprudencia): *LK*-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 25 s.; el mismo (cit. nota 7), pp. 503 s., p. 507; *SK*-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 15; Jakobs (cit. nota 6), 22/34 ("penalización de tentativas de ayuda como ayuda efectiva"), 22/35; Kühl (cit. nota 7), § 20 nm. 220. A una extensión de la punibilidad conduce la concepción de la complicidad como delito de peligro abstracto o abstracto-concreto (especialmente en Herzberg y Vogler), que puede encontrarse a veces en la literatura; críticamente, con razón, *LK*-Roxin (1993), § 27 s.; el mismo, *FS Miyazawa* (1995), pp. 504 s.; Samson, *FS Peters* (cit. nota 6), pp. 126 ss., 130 ss. (132, 135); *SK*-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 7 s.; Jakobs (cit. nota 6), 22/35; Kühl (cit. nota 7), § 20 nm. 220; *Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1998, pp. 147 ss.; Otto (cit. nota 4), p. 197; Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 103 ss.

[11] *LK*-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 3; el mismo (cit. nota 7), pp. 501 s., especialmente haciendo referencia a *Claß* crítica de la Modifikationskausalität, que atribuye a Mezger, Schaffstein *FS Honig* 1970, pp. 176 s.

[12] *LK*-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 4 s.; el mismo (cit. nota 7), pp. 509 ss.; Samson, *FS Peters* 1974, pp. 132 ss. (134 s.); *SK*-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 9 s.; Niedermair, *ZStW* 107 (1995), pp. 507 ss., 511; Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 106, 107. *Cf.* acerca de la imputación jurídico-penal del resultado –entre muchos– Jakobs (cit. nota 6), 7/29.

[13] *Cfr. LK*-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 22; el mismo, *FS Stree/Wessels*, 1993, pp. 381 s.; Jakobs (cit. nota 6), 22/36; S/S-Cramer (cit. nota 7), § 27 nm. 9 s.; Kühl (cit. nota 7), § 20 nm. 221; Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 95 ss. (105 ss.).

[14] *LK*-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 29; el mismo (cit. nota 7), p. 512; *SK*-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 10; también Otto (cit. nota 4), p. 196; Murmann (cit. nota 8), p. 550.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En segundo lugar, el riesgo que entraña la conducta de complicidad debe estar desaprobado jurídicamente (*"Risikomißbilligung"*).[15]

La exigencia impuesta por una postura más reciente,[16] de que el riesgo creado por el aporte del cómplice se realice –como requisito adicional– en la comisión del hecho principal (*"Risikoverwirklichung"* o *"Risikorealisierung"*), en realidad se corresponde básicamente con las exigencias de la *Modifikationskausalität*. Pues el requisito de realización del riesgo puede entenderse también –sin volver a caer en una concepción naturalista de la causalidad– en el sentido de que el riesgo de la conducta de complicidad se haya realizado efectivamente, es decir, que exista en el hecho principal una manifestación externa de la voluntad de ser cómplice, que vaya más allá de la mera predisposición interna del que quiere colaborar. A dicha causalidad se la podrá caracterizar como un aspecto meramente secundario,[17] pero eso no altera el hecho de que el criterio de la realización del riesgo también presupone dicha causalidad "secundaria". De ningún modo puede interpretarse esta concepción como un resurgimiento de la teoría "pura" del incremento del riesgo de *Schaffstein*.[18] El único punto en común entre ambas concepciones consiste en que las dos quieren prescindir de la causalidad, pero la teoría pura del incremento del riesgo no ha compensado esa renuncia con el requisito de la realización del riesgo.[19] Este requisito adicional legitima, pues, a que a esta reciente postura se la designe como teoría del incremento del riesgo "*cualificada*". La cualificación frente a la teoría pura del incremento del riesgo consiste no solamente en el requisito adicional de la realización del riesgo, sino también en la exigencia de su desaprobación. Este requisito pone nuevamente de manifiesto la proximidad de este

[15] *Cfr. LK*-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 16; el mismo (cit. nota 7), pp. 512 s.; Kühl (cit. nota 7), § 20 nm. 222; también Murmann (cit. nota 8), pp. 550 ss.

[16] Otto, *Grundkurs Strafrecht*, 5ª edic. 1996, § 22 nm. 53; el mismo (cit. nota 4), pp. 196 s.; Murmann (cit. nota 8), pp. 550 ss.

[17] Así Murmann (cit. nota 8), pp. 550 s.

[18] Schaffstein (cit. nota 11), pp. 173 ss. (180 ss., resumidamente p.184); asimismo la disertación por él dirigida de Salamon, *Vollendete und versuchte Beihilfe*, 1968, a la que remite en la nota 18.

[19] Por ello conduce dicha teoría a una extensión de la punibilidad de la complicidad en el ámbito de la tentativa. Críticamente, con razón, por ejemplo Roxin (cit. nota 6), nm. 28; el mismo (cit. nota 7), p. 511; Samson (cit. nota 10), pp. 125 s., 132, 135; *SK*-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 8; Jakobs (cit. nota 6), 22/35; *Stein* (cit. nota 10), pp. 153 ss.; Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 103 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

moderno punto de vista con la teoría de la elevación causal del riesgo, y apoya la tesis de que, en lo sustancial, las diferencias entre ambas son de índole puramente terminológica.[20]

Si se sigue la doctrina moderna,[21] entonces la punibilidad de las acciones cotidianas debe analizarse en el *tipo objetivo* dentro del requisito de la *desaprobación del riesgo*, es decir, después de la comprobación del incremento del riesgo mediante el aporte auxiliar.

II. LOS PUNTOS DE VISTA DE LA DOCTRINA

En forma simplificada puede decirse que en la doctrina[22] existen dos tendencias fundamentales.[23] Una opinión sostiene que las ac-

[20] Así también Otto (cit. nota 4), pp. 196 s.; *cf.* también Lüderssen, *FS Grünwald* 1999, pp. 344 ss. (350), quien acertadamente advierte que el "instrumental de la imputación objetiva" puede reconducirse a las estructuras más sencillas de la doctrina tradicional sólo si se vacía de contenido.

[21] Respecto a esto –así como a todo el problema de la complicidad en general–, la jurisprudencia todavía no ha desarrollado una concepción uniforme, sino que resuelve caso por caso. *Cf.* Wohlleben (cit. nota 3), pp. 11 ss.; Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 41 ss.; *LK*-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 20; el mismo (cit. nota 7), p. 515; Meyer-*Arndt*, wistra. 1989, 281, 282 ss. En los resultados, esta autora sigue el punto de vista de Roxin; *cf.* por último BGH, wistra. 1999, 459 (460) e *infra*, nota 36.

[22] De un modo distinto a las opiniones que se describen a continuación pretende Niedermair (cit. nota 12, pp. 507 ss., 539 s.) equiparar las acciones cotidianas a los casos de complicidad "normal" en el sentido de la también aquí válida "desaprobación accesoria" (*"akzessorische Mißbilligung"*) y obtener una limitación de la punibilidad únicamente a través del criterio –de validez general– del incremento del riesgo. Pero ello conduce en realidad a una fuerte extensión de la punibilidad (*cf.* el análisis resumido pero escasamente crítico de Wohlleben [cit. nota 3], pp. 30 s., 98 s.). Completamente diferente el punto de vista de Schild-Trappe, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995, quien parte de la complicidad como "una causalidad obtenida de forma psíquica, esto es, una influencia psíquica efectiva sobre el autor" (pp. 96 ss.), y con ello pretende que toda contribución al hecho sea reconocida como "puramente" psíquica e intelectual, a lo sumo como un "signo exteriormente visible de una complicidad (psíquica, dolosa)" (pp. 186, 97). Esta opinión conduce a un énfasis muy fuerte del aspecto interno del hecho, y ciertamente tanto del lado del autor principal como del lado del cómplice. Así, el autor debería ser "consciente de la solidaridad de 'su' cómplice" (p. 97), y éste a su vez conocer positivamente la decisión por parte del autor principal de cometer un hecho delictivo ("solidaridad dolosa directa": *"direktvorsätzliche Solidarisierung"*); dolo eventual sería suficiente en todo caso respecto de las consecuencias accesorias queridas por el autor (pp. 163 ss., 180). Por otro lado, no se presenta aquí el problema de la punibilidad de las acciones cotidianas en la forma en que lo discute el resto de la doctrina, en todo caso mientras se sostenga que aquéllas son meras contribuciones psíquicas o inte-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ciones cotidianas no deben siquiera ser subsumidas bajo el tipo objetivo de la complicidad, pues se trata de conductas jurídicamente irrelevantes y, por tanto, no pueden ser criminalizadas por el simple hecho de que un tercero autorresponsable haya abusado de ellas para cometer un delito.[24]

lectuales al hecho (p. 186), deducibles de la "causalidad procurada psíquicamente" que se exige para la complicidad; a las acciones cotidianas sólo les correspondería, por lo tanto, una función de prueba jurídica (*cf.* pp. 186 ss.). Esta concepción, sin embargo, merece reparos ya desde su muy dudoso punto de partida. *Cfr.* la certera crítica de Roxin *JZ* 1996, pp. 29 s.: "la esencia del comportamiento punible es desplazada desde la lesión del bien jurídico a la mera manifestación del ánimo"; crítico también Wohlleben (cit. nota 3), pp. 96 ss.

[23] Una sinopsis general de las diferentes concepciones sostenidas en la doctrina ofrece Wohlleben (cit. nota 3), pp. 13 ss., reseñándolas críticamente y comparando los resultados prácticos (pp. 13 ss.); *cf.* también Tag, *JR* 1997, pp. 49, 50 ss., quien diferencia entre teorías subjetivas, objetivas y mixtas, así como una teoría de la exclusión de la antijuridicidad; recientemente también Otto (cit. nota 4), pp. 200 ss.; *Weigend, FS Nishihara* 1998, pp. 199 ss.; Amelung, *FS Grünwald* 1999, pp. 10 ss.

[24] Aproximadamente en el mismo sentido que los autores que se señalan a continuación, argumentan aquellos que sostienen que falta la tipicidad en caso de cumplimiento de deberes jurídico-civiles o del llamado "riesgo permitido" (*cf.* referencias en Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 61 ss., 66 ss.; muy recientemente Wohlers, *NStZ* 2000, pp. 173 s.; más en profundidad acerca del riesgo permitido –como instrumento para el aumento cualitativo del riesgo– Rogat, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, 1997, pp. 68 ss., 82 ss., 97). De modo parecido *Hassemer*, con su criterio de la "adecuación profesional" (*cf.* la crítica al respecto de Otto [cit. nota 4], pp. 202 s.), quien con ello establece una conexión con la teoría de la adecuación social fundada por Welzel (sobre esto, ibíd. pp. 201 s., con otras alusiones; también Wolff-Reske [cit. nota 5], pp. 63 ss.; Rogat, *loc. cit.*, pp. 54 ss.); el concepto adolece, sin embargo, de una cierta indeterminación (*cf.* Frisch, *Tatbestandmäßiges Verhalten...*, 1988, pp. 296 s.; Wolff-Reske [cit. nota 5], pp. 65 s.; de otra opinión Rogat, *loc. cit.*, p. 68). El aspecto objetivo es enfatizado también por Schumann, *Handlungsunrecht*, 1986, que parte del principio de autorresponsabilidad del individuo (pp. 42 ss.), el cual exige una especial justificación para la punibilidad de la participación que pasa por la solidaridad con el hecho principal (pp. 54 ss., 57); ésta, en cambio, sólo entra en consideración en caso de un desvío del "curso normal de la vida" (v. Bar) (p. 60). Pero también esta opinión es objeto de críticas, en especial debido a la falta de determinación de lo que significa "solidarizarse" (*cf.* Meyer-Arndt, wistra 1989, p. 285; Niedermair [cit. nota 12], pp. 512 ss.; Wolff-Reske [cit. nota 5], pp. 75, 98 s.; Wohlleben [cit. nota 3], pp. 13 ss., 73 ss.; Rogat, *loc. cit.*, pp. 122, 128 ss.; Otto [cit. nota 4], pp. 205 s. También es poco precisa la clasificación cuantitativa propuesta por Weigend (cit. nota 23), pp. 199 s., 208 ss. (212), en función del "efecto de favorecimiento efectivo" que tenga la conducta de complicidad y del correspondiente incremento del riesgo (comparte este punto de vista Lüderssen [cit. nota 20], pp. 347, 350; crítico, en cambio, Wohlers, *loc. cit.*, pp. 172 s.; sobre los casos de "insignificancia" dentro de este contexto *cf.* Rogat, *loc. cit.*, pp. 97 ss.). En

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Así *Jakobs*,[25] apoyándose en el criterio de la prohibición de regreso,[26] decide en función de si el que presta ayuda puede desvincularse o no de las consecuencias de su aportación, lo cual es posible "cuando su comportamiento también tiene sentido sin la acción de quien comete el hecho". A un resultado similar llega *Frisch*,[27] pero

favor de una solución objetiva también el Tribunal Supremo Suizo (SchweizBG) (*cf.* Wohlers, *loc. cit.*, pp. 171 s.); López Peregrín, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 270 ss. (272 s.), así como el *common law* tradicional (*cf.* Smith, *A modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, 1991, pp. 155 s.).

[25] Jakobs (cit. nota 6) 24/15,17. Resumidamente, pero en definitiva contrarios: Niedermair (cit. nota 12) pp. 508 ss.; Wohlleben (cit. nota 3) pp. 22 ss., 81 ss.; Otto (cit. nota 4) pp. 203 ss.; también crítico Rogat (cit. nota 24) pp. 140 s. Esencialmente argumenta del mismo modo que Jakobs (en parte también en la elección de los términos) Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 85 ss., cuando de manera funcionalista declara como fin jurídico (penal) primordial el "mantenimiento del orden social" (p. 86) y exige "competencia" por el resultado (p. 91); concretamente con respecto a la responsabilidad por complicidad pretende establecer como criterio "si se trata de un comportamiento que puede distanciarse del plan delictivo", en cuyo caso no habría imputación, o si se puede interpretar como "proyecto antijurídico", por lo que entonces habría imputación (pp. 123 ss.); la correspondiente modificación del comportamiento con respecto al comportamiento normal se establecería a través del concepto (sociológico) de rol (pp. 129 ss., 184), si bien el rol –partiendo de la postura de Jakobs– también habría de concretarse a través de "normas profesionales reglamentadas" (pp. 143 ss.); de ello resulta que la responsabilidad penal solamente entra en consideración en caso de "exceso en los límites del rol"; otro criterio de imputación lo constituiría la posición de garante de quien actúa condicionado por su profesión (pp. 143 ss.); subsidiariamente entraría en consideración una responsabilidad basada en las normas de solidaridad de los parágrafos 138 y 323 c del Código Penal alemán (pp. 177 ss.). Crítico con esto Wohlleben (cit. nota 3) pp. 28, 93 ss.

[26] En esa dirección se orienta también Puppe, *Nomos Kommentar zum StGB*, 1995, previo al § 13 nm. 155; críticamente Niedermair (cit. nota 12), pp. 534 ss.; Rogat (cit. nota 24), pp. 138 ss.

[27] Frisch (cit. nota 24), pp. 295 ss. (298, 299). De modo similar pretende Murmann (cit. nota 8) conceder una amplia impunidad cuando se trata de acciones de la vida diaria que son socialmente adecuadas (p. 552), pues tales formas de comportamiento están ya permitidas por "reglas de conducta previas al derecho penal" (*"vorstrafrechtliche Verhaltensordnung"*); en este sentido, carece de toda relevancia el conocimiento que tenga el colaborador o facilitador de la intención delictiva del autor principal. Esencialmente como Frisch –exceptuando la toma en consideración de cursos causales hipotéticos– también Hefendehl, *Jura* 1992, pp. 374, 376 s. (caso de la fotocopiadora); asimismo Lüderssen (cit. nota 20), pp. 338 ss. (340 s.), 347, 349, quien en caso de existencia de una elevación del riesgo se declara a favor de una ponderación entre el bien jurídico afectado y el principio general de libertad de actuación (crítico Wohlers [cit. nota 24], p. 173); Amelung (cit. nota 23), pp. 27 ss., 30, sigue a Frisch en tanto que, fundándose en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

basándose en una ponderación, orientada al principio de proporcionalidad, entre la libertad general de actuar[28] y la protección de bienes jurídicos. De ello se deriva que, en principio, quien facilita el hecho puede confiar en "el aprovechamiento no delictivo por parte de otros de la situación creada", "incluso cuando exista la posibilidad concreta de una prosecución delictiva". Pues "objetable no es el estado de cosas que por sí mismo tiene un significado no delictivo, sino lo que hace de él un tercero responsable".[29]

En este contexto es relevante la objeción del *curso causal hipotético*, según la cual se argumenta que el autor principal hubiera podido recibir sin más la ayuda en cuestión por parte de otra persona (por ejemplo, la venta del destornillador o el viaje en taxi hasta el lugar del hecho). Podría, sencillamente, haber ido a otro establecimiento o haber tomado otro taxi. Frente a esto sostiene la doctrina mayoritaria que –tal como sucede con la imputación "normal" del resultado en la autoría– dichos cursos causales hipotéticos no deben tomarse en consideración.[30] Por ejemplo, si poco después de un atentado mortal la víctima hubiese muerto de todos modos a consecuencia de un paro cardíaco, el autor del atentado responde igualmente por su hecho. En esta argumentación resulta, sin embargo, problemático que en los casos normales existe siempre un comportamiento (previo) jurídicamente desaprobado (¡el atentado de nuestro ejemplo fue, sin duda, un asesinato punible!), mientras que precisamente en los casos de complicidad a través de acciones cotidianas el comportamiento en cuestión está, en principio, aprobado jurídicamente o permitido.

el principio general de libertad de actuar, se declara partidario de un derecho a la conducta empresarial favorecedora del hecho (*"tatförderndes Geschäftsverhalten"*) y, con ello, de una justificación. Resumidamente y crítico con respecto a Frisch: Niedermair (cit. nota 12), pp. 515 ss. (sobre todo crítico con el concepto de "significado delictivo" (*"deliktischer Sinnbezug"*); Wohlleben (cit. nota 3), pp. 17 ss., 75 ss.; Otto (cit. nota 4), p. 210; también Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 76 s., 79 (siguiendo a Jakobs).

[28] Crítico con relación a la libertad general de actuar (*"allgemeine Handlungsfreiheit"*) en ese contexto Niedermair (cit. nota 12), pp. 537 ss.

[29] Según Frisch (cit. nota 24), pp. 314 ss., sin embargo, debe considerarse la punibilidad si se dan respecto del colaborador los presupuestos –en cuanto al hecho principal– de los §§ 138 o 323 c StGB.

[30] *Cfr. LK*-Roxin (cit. nota 6); el mismo (cit. nota 7), pp. 501, 510; Jakobs (cit. nota 6), 22/37; Kühl (cit. nota 7), § 20 nm, 216; Freund, *Strafrecht AT* 1998, § 10 nm. 136 s.; Hefendehl (cit. nota 27), pp. 376 s.; Murmann (cit. nota 8), p. 550; *cf.* también Wohlleben (cit. nota 3), pp. 87 s.; (cit. nota 5), pp. 117 ss., Ambos con ulteriores referencias. Favorable a conceder relevancia a los cursos causales hipotéticos, por el contrario, Frisch (cit. nota 24), p. 294, especialmente nota 218; con distinciones, Lüderssen (cit. nota 20), p. 341.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Frente a esto, *otra opinión* sitúa el criterio de distinción determinante más bien en el ámbito *subjetivo*. Así, según *Roxin*,[31] la punibilidad depende, primeramente, del dolo del que presta ayuda en relación al hecho principal. Si actúa con *dolus directus*, es decir, si conoce el plan del autor, es más probable que entre en consideración una complicidad punible que en el caso de que sólo considere el aprovechamiento delictivo de su aporte como dentro de lo posible, en el sentido del *dolus eventualis*. En caso de conocimiento positivo, habría que seguir diferenciando si el aporte al hecho tiene un "significado delictivo" (*"deliktischer Sinnbezug"*), es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe; entonces por lo general entraría en consideración la complicidad punible. Éste es también el caso si el comprador utiliza bienes cotidianos (por ej., un martillo o un destornillador) *también* para fines no delictivos (por ej., el destornillador para soltar un tornillo antes o después de haberlo usado para atacar a su vecino); esto no cambiaría en nada el significado delictivo.[32] La punibilidad se excluye, en cambio, cuando el aporte tiene sentido con independencia del hecho principal, es decir, cuando tiene un "significado legal" (*"legaler Sinnbezug"*).[33] En caso de *dolus eventualis* del partícipe, "en el caso gene-

[31] *Cfr. LK*-Roxin (cit. nota 6), nm. 17 ss.; el mismo (cit. nota 7), pp. 513 ss.; algo distinto en cuanto al énfasis, el mismo (cit. nota 13), pp. 378 ss. Sobre esto, a modo de resumen, Wohlleben (cit. nota 3), pp. 26 ss., 92 s.; críticamente Niedermair (cit. nota 12), pp. 528 ss.; Rogat (cit. nota 24), pp. 146 ss.; también Otto (cit. nota 4), pp. 206 ss. En lo esencial como Roxin, argumenta Tag (cit. nota 23), pp. 54 ss. (57), enfatizando, en cambio, la ponderación de bienes (libertad de actuar versus protección de bienes jurídicos) y, en esa medida, acogiéndose a Frisch (cit. nota 27). A los mismos resultados que Roxin llega también Wohlleben (cit. nota 3), pp. 107 ss., cuando resalta la importancia del estado de conciencia interno (p. 116, también pp. 121 s.) y, como regla general, parte de la punibilidad en el caso de conocimiento del hecho principal (pp. 159 s.) y de la no punibilidad en el caso de un mero considerar como posible (pp. 162 s.); no obstante, tanto la ponderación de las ventajas y desventajas que importan los resultados objeto de representación mental (pp. 122 ss.) como las valoraciones o juicios previos (pp. 124 ss.) también pueden jugar un papel importante (crítico Murmann, *GA* 1999, 406 ss.); por último Amelung (cit. nota 23), pp. 22 ss., 29, quien exige conocimiento efectivo o, en caso de dolo eventual, "puntos de referencia concretos", es decir, la conducta *punible* de conformarse con el peligro *concreto* de que se produzca el resultado se contrapone a la conducta *no punible* de conformarse con meros riesgos comerciales *abstractos* (pero bien sigue a Frisch en el ámbito de la justificación).

[32] Roxin, *Allgemeiner Teil*, tomo II, 2003, § 26 nm. 222.

[33] Sobre el comportamiento legal del colaborador ya especialmente Meyer-Arndt, wistra 1989, pp. 286 s.; crítico, pero conforme en el resultado, Niedermair (cit. nota 12), pp. 522 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ral" debería rechazarse la complicidad punible, pues al partícipe le está permitido confiar (principio de confianza)[34] en "que otros no cometerán hechos punibles, en tanto esta suposición no sea desvirtuada por una 'reconocible propensión al hecho' del tercero".[35] Una importancia decisiva le otorga también al aspecto subjetivo *Otto,*[36] cuando, en conclusión, pretende no castigar como complicidad la ayuda al hecho mediante "conductas específicamente laborales" únicamente "cuando el que presta ayuda reconoce sólo el peligro de utilización de su acción con fines delictivos, pero no lo conoce positivamente". En cambio, con respecto a las acciones cotidianas de carácter privado, *Otto* considera suficiente que el colaborador "crea reconocer el peligro concreto de que se cometa un delito". La jurisprudencia también distingue en función de la parte subjetiva del hecho y argumenta, incluso en la elección de los términos, del mismo modo que *Roxin:*

"Si la acción del autor principal va dirigida exclusivamente a la comisión de una acción punible y si el que presta ayuda *lo sabe,* entonces su aporte al hecho debe considerarse como conducta de complicidad. En este caso su actuar pierde siempre el carácter de 'cotidiano'; ha de definirse como 'solidarización' con el autor y, por tanto, ya no puede considerarse como 'socialmente adecuado'... Por el contrario, si el que presta ayuda *no sabe* cómo será empleada su aportación por parte del autor principal, y sólo lo *considera posible,* entonces su actuar por lo general todavía no debe considerarse como una acción punible de complicidad, salvo en caso de que el riesgo por él reconocido de que hubiese un comportamiento punible por parte de la persona a quien ayudó fuera tan alto, que con su prestación auxiliar fue su empeño favorecer a un autor *reconociblemente propenso al hecho*".[37]

III. RESUMEN CRÍTICO Y CONCLUSIONES

Las opiniones expuestas se diferencian, en primer lugar, en sentido *formal,* en tanto la primera *(Jakobs, Frisch)* pretende solucionar el problema en el nivel objetivo, y la segunda (*Roxin, Otto,* también el BGH) en el nivel subjetivo. Para el análisis de un caso práctico,

[34] Sobre esto, más detenidamente Wolff-Reske (cit. nota 5), pp. 120 ss.; Rogat (cit. nota 24), pp. 116 ss.

[35] Roxin (cit. nota 7), p. 516.

[36] Otto (cit. nota 4), pp. 212 ss. (215).

[37] BGH, wistra 1999, pp. 459, 460 (énfasis del autor); ver también BGH, *NJW* 2000, 3010 y ss. (3011); *cf.* también ya la nota 21.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

esto significa que el primer punto de vista puede ser examinado sin más en el tipo objetivo, mientras que para el segundo es recomendable un análisis que relacione los aspectos objetivos y subjetivos del hecho, pues, según éste, es precisamente el conocimiento del colaborador lo que determina el carácter jurídicamente desaprobado de la acción cotidiana. A primera vista, este examen que relaciona ambos aspectos del hecho resulta algo desconcertante, pero también aquí rige el principio según el cual las cuestiones materiales objeto de examen determinan o condicionan los aspectos estructurales, meramente formales, y no a la inversa.

Por lo demás, en el aspecto material ambas posturas tienen en común que pretenden alcanzar una delimitación restrictiva de la responsabilidad del cómplice por acciones cotidianas.[38] El problema sustancial que las une consiste en la exacta comprensión material de qué debe entenderse por acciones cotidianas que en principio son impunes. Las definiciones abstractas abarcan regularmente demasiado poco, pues no hay acciones cotidianas *per se.* Antes bien, es posible que toda acción en sí misma neutral sea convertida en una acción delictiva mediante la correspondiente asignación de semejante fin.[39] Con ello pierde –en referencia al contexto general de la comisión– su carácter de acción meramente cotidiana. Por eso, tampoco es sostenible una diferenciación meramente objetiva entre significado "delictivo" y significado "legal", pues también en este sentido la atribución de un fin determina la legalidad o ilegalidad del comportamiento. El significado específico sólo puede, por lo tanto, determinarse de manera concreta (*in casu*), no siendo posible al respecto una determinación de validez general.[40]

El aporte al hecho adquiere un fin determinado o, en otras palabras, el carácter de "delictivo" o "legal" mediante el *dolo* del colaborador. Su conocimiento efectivo de la intención delictiva del

[38] Correctamente Tag (cit. nota 23), p. 54. De otra opinión, en cambio, Niedermair (cit. nota 22).

[39] Así, Roxin (cit. nota 7), p. 515, así como el BGH (cit. nota 36) y el texto correspondiente; similar, Otto (cit. nota 4), p. 214; Wohlers (cit. nota 24), p. 172.

[40] *Cfr.* la acertada crítica de Niedermair (cit. nota 12), pp. 529 ss., 544, así como la de Otto (cit. nota 4), pp. 207 s. a la diferenciación de Roxin. Yo en cambio creo que esa contradicción que allí se revela muestra en sí misma y aclara por qué Roxin en *LK*-Roxin (cit. nota 6), nm. 17 ss. y en *FS Miyazawa* (cit. nota 7), pp. 513 ss. enfatiza más claramente el aspecto subjetivo que en *FS Stree/Wessels* (cit. nota 13), pp. 378 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

autor lo convierte a él en "co-conocedor" del hecho principal y a su acción cotidiana, en una delictiva: "El conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo".[41] Sólo son, pues, problemáticos aquellos casos en que el colaborador ciertamente no conoce la intención delictiva del autor principal, pero la tiene como posible, en el sentido del dolo eventual. Aquí rige el *principio de confianza*, con lo cual resulta que el colaborador, por regla general, puede partir de la base de que su contribución será empleada legalmente, es decir, que su comportamiento en sí mismo neutral o permitido permanece impune. Puede admitirse en todo caso una excepción cuando la intención delictiva del autor principal era para el colaborador reconocible sin más –en el sentido del criterio roxiniano de la "reconocible propensión al hecho"[42]–, pues esos casos se corresponden, en cuanto a su valoración, con aquellos en que el colaborador tiene conocimiento del hecho principal. Si esto a primera vista parece convincente, no se puede pasar por alto una cierta contradicción: el recurso al principio de confianza después de haber distinguido al nivel subjetivo (psíquico) confunde lo normativo con lo psíquico (empírico). El proprio Roxin reconoce ahora (en el segundo tomo de su Tratado) que el principio de confianza, como principio general de la imputación objetiva, ha de ser comprendido normativamente, pero no quiere entender esto como una contradicción en su postura subjetivista. Mas bien, él quiere aplicar el principio de confianza en los casos de dolo eventual con el argumento de que se trata de un principio normativo, mientras que aquel que "sabe algo con exactitud... lógicamente no puede ni debe confiar en lo contrario".[43]

El privilegio del hombre de negocios frente al sujeto privado –tal como lo propone *Otto*[44]– se puede justificar desde el punto de vista de que el individuo privado sólo dispone de una libertad de actuar general (Art. 2°, I Constitución alemana), mientras que el hombre de negocios dispone además de una libertad profesional (Art. 12 Constitución alemana). La limitación de la libertad de actuar general que tiene lugar con la penalización de acciones cotidianas como complicidad requiere, por tanto, una justificación más fuerte con respecto al hombre de negocios, pues a él le asiste también un derecho más fuerte. En este sentido, también sería posible admitir, junto a *Amelung*,[45] la existencia de una causa de justificación (como efectivamente admiten algunas legislaciones en la forma del ejercicio legítimo de un derecho u oficio, por ej., el art. 20 N° 7 del CP español y el art. 10 N° 10 del CP chileno).

Como resultado, la diferencia entre las dos posturas principales existentes en la doctrina se reduce a los casos en los que el que colabora con el hecho tiene un conocimiento efectivo o casi efectivo de la intención delictiva del autor principal. Sólo en estos casos conducirían dichas concepciones a resultados diferentes, esto es, la primera *(Jakobs, Frisch)*, a la impunidad de la acción que ha favorecido al hecho principal y la segunda (*Roxin, Otto,* BGH), a su punición. Sin embargo, esta diferencia puede considerarse poco relevante en la práctica, pues, en el marco de las acciones cotidianas, el colaborador sólo tiene conocimiento efectivo (o casi efectivo) de la intención delictiva del autor principal en casos excepcionales.[46]

[41] Otto (cit. nota. 4), p. 214. Al mismo resultado llega Roxin (cit. nota 7), pp. 513, 514 s.

[42] *LK*-Roxin (cit. nota 6), nm. 21; el mismo (cit. nota 7), p. 516; asimismo con el criterio de *Amelung* del "indicio concreto" (*supra,* nota 31).

[43] Roxin (nota 32), § 26 nm. 244.

[44] *Cfr., supra,* nota 35 y la parte correspondiente del texto.

[45] *Cfr., supra,* nota 27.

[46] Sobre esto advierte también Roxin (cit. nota 7), p. 516.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

SOBRE EL EFECTO EXIMENTE DEL "ACTUAR BAJO ÓRDENES" DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO PENAL ALEMÁN E INTERNACIONAL*

La invocación del "actuar bajo órdenes" o de la "actuación bajo o en cumplimiento de órdenes"[1] es una objeción clásica en juicios por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Desde los juicios actuales contra criminales de guerra de la antigua Yugoslavia, adquirió en Alemania una importancia práctica y abandonó definitivamente la "caja de los olvidos penales".[2]

"Se sabe que los hombres que actúan bajo órdenes son capaces de cometer los peores crímenes. Cuando el emisor de las órdenes está enterrado y se les obliga a mirar hacia atrás no logran reconocerse. Ellos dicen: yo no lo hice y no están muy seguros de estar mintiendo. Si se les convence por medio de testigos, comienzan a vacilar y dicen: yo no soy así, eso no lo pude haber hecho. Ellos buscan las huellas del delito en su interior y no las pueden encontrar. Es sorprendente cuán convencidos están de ello. La vida que llevan posteriormente es realmente distinta y no es opacada por las acciones que cometieron. Ellos no se sienten culpables, no se arrepienten de nada. El hecho no ha dejado huella en ellos".[3]

El análisis que se presenta a continuación fundamenta la tesis de que el derecho internacional penal vigente no reconoce que el alegato del "actuar bajo órdenes", en el caso de críme-

* Originalmente publicado en la revista alemana *Juristische Rundschau (JR)*, 1998, pp. 221-226. Traducción del Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Pontificia Universidad Católica del Perú), revisión y actualización por el autor.

[1] Orden (ver §2 N° 2 WStG) es el término militar para instrucción; entre los civiles se habla de disposiciones (Jescheck/Weigend, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 5ª ed. 1996, p. 393).

[2] Lenckner, *Festschrift* (libro homenaje) *Stree/Wessels*, 1993, 223.

[3] Canetti, *Masse und Macht*, 1980, pp. 369 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

nes graves, sea suficiente para otorgar una exención de pena, sino solamente para una atenuación (II). Con este fin se describirá la jurisprudencia internacional desde Nuremberg (II.1) y se analizarán las fuentes pertinentes del derecho internacional penal (II.2). La situación jurídica del derecho internacional penal influye sobre el derecho alemán –el cual se mostrará de forma sinóptica–, ya que, por un lado, éste contiene las reglas generales del derecho internacional (Art. 25 de la Constitución alemana)[4] y, por otro lado, las órdenes deben estar en concordancia con las reglas del derecho internacional (§ 10 IV *Soldatengesetz*-SoldG = Ley de Soldados).[5]

I. LA SITUACIÓN JURÍDICA ALEMANA

1. Según el § 5 I *Wehrstrafgesetzbuch* (WStG = Código Penal Militar), el subordinado actúa sin *culpabilidad* si comete una acción *antijurídica* siguiendo una orden. De acuerdo a la opinión dominante, se trata de una *causa de exculpación sui generis*, que representa a la vez una regla excepcional de error de prohibición.[6] Si se diferencia más allá, considerablemente, entre causas de exculpación y causas de exclusión de la culpabilidad,[7] entonces "actuar bajo órdenes" se deberá denominar *causa de exclusión de la culpabilidad*, ya que el subordinado[8] no es alcanzado por la orden de la norma ("¡no cometas ninguna acción antijurídica!"), como en el caso del error de prohibición. El §5 I WStG responsabiliza al receptor de la orden sólo en el caso de que "éste reconozca que se trata de una acción antijurídica o de que esto fuese evidente, según las circunstancias por él conocidas" (§ 5 I WStG; ver § 11 II 2 SoldG). La acción es *evidentemente* antijurídica, si la infracción penal está más allá de toda duda y puede ser reconocida por todos. Si es que el subordinado

[4] Aquí se trata del derecho internacional consuetudinario, que goza de prioridad sobre el derecho legal simple (Jarass/Pieroth, *Grundgesetz*, 3ª ed. 1995, art. 25 nota marginal= mn 2, 6).

[5] Ver Arndt, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht (NZWehr)* 1960, 145 (147).

[6] Jescheck/Weigend, *AT* (*supra*, nota 2), pp. 495 s. con más referencias en nota 5; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (*AT*) 2ª ed. 1991, 16/12.

[7] Con respecto a la diferencia ver Roxin, *Strafrecht AT*, tomo 1, 3ª ed. 1997, §19 mn. 48.

[8] Ver Schölz/Lingen, *Wehrstrafgesetz* (comentario), 3ª ed. 1988, § 5 mn. 1.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

no tuviera ninguna duda, no tiene ningún deber de verificar y podrá cumplir la orden.[9]

La Corte Suprema (*Bundesgerichtshof*-BGH) se ocupó últimamente del tema en los casos relacionados con los disparos al muro.[10] La Corte partió de que la antijuridicidad de los disparos mortales era evidente, pues con la orden de disparar se cometía un delito de asesinato de acuerdo al derecho penal de la RDA. Es un "principio de humanidad" que el Estado no tenga derecho de matar a los ciudadanos por el simple cruce de la frontera.[11] Esta visión ha sido justamente criticada como "simplista" e "indiferente".[12] Pues el principio de culpabilidad exige una justificación convincente de que la injusticia (extrema) del delito fue evidentemente reconocible para el autor. A eso se refiere la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*-BVerfG), cuando señala que la declaración de la culpabilidad penal de un determinado acusado exige –debido al fuerte adoctrinamiento en la antigua RDA– sumo cuidado; es especialmente insostenible establecer una infracción penal basada solamente en la presencia –objetiva– de una violación grave de los derechos humanos.[13] También se sumó a ello hace poco el BGH, declarando (felizmente, aunque no muy pegado a la verdad) que el concepto de "evidencia" (*Offensichtlichkeit*) según el § 5 WStG siempre ha sido considerado por la jurisprudencia –sólo se puede referir a la BVerfG– como "problemático".[14]

2. Si no se observan los requisitos del § 5 I WStG, sólo cabe una *atenuación* de la pena: "Si la culpa del subordinado, considerando la situación especial en la que se encontraba, es menor, entonces el Tribunal podrá reducir la pena según el §49 I del StGB..." (§5 II WStG). Esto presupone que el ejecutor se encuentre en una si-

[9] Schölz/Lingen, *supra*, nota 8, § 5 mn. 12; Jescheck/Weigend, *supra*, nota 2, pp. 495, 497; Eser, *Festschrift Odersky* 1996, p. 337 (340); BGH 39, 1 (33); BGH, *NStZ* 1995, 286; BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)-Rechtsprechungsreport (RR)* 1996, 323 (325).

[10] *Cfr.* Ambos, Sobre la antijuridicidad de los disparos al muro, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1999.

[11] BGHSt 39, 1 (33), también BGH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1993, 1932 (1936) = BGHSt 39, 168; BGH, *NJW* 1994, 2708 (2711); BGH, *NJW* 1995, 2728 (2732); BGH, *NStZ-RR* 1996, 323 (324s). Distinto en el caso de un simple dolo de daño a terceros BGHSt 39, 168 (194); BGH, *NStZ* 1993, 488; BGH, *NJW* 1995, 1437 (1438); BGH, *NStZ-RR* 1996, 322.

[12] Ver Eser, *supra*, nota 9, p. 339; también Schreiber, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*) 107 (1995), 157 (171); Gropp, Neue Justiz (NJ) 1996, 393 (398); Arnold/Kühl, *Juristische Schulung* (*JuS*) 1992, 991 (996); Amelung, *JuS* 1993, 637 (642); ídem, NStZ 1995, 29 (30); ídem, *Goltdammer's Archiv (GA)* 1996, 51 (57); Dannecker, *Jura* 1994, 585 (594); otra opinión: Herzog (compilador), *Die strafrechliche Verantwortlichkeit von Todesschützen*, etc., 1993, p. 57.

[13] BVerfG, *NJW* 1997, 929 (932). También Arnold, *JuS* 1997, 400 (403).

[14] BGH 5 *StR* 137/96 (*NJW* 1997, 1245), p. 12.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tuación especial que demuestre una culpabilidad menor. O el subordinado es incapaz de reconocer lo injusto de sus actos o su resistencia frente a la orden criminal es tan reducida que su culpabilidad es menor.[15]

3. Las órdenes, sin embargo, pueden también tener un efecto *justificante,* cuando son obligatorias. En este caso el subordinado tiene el *deber,* bajo sanción, *de obedecer* (ver §§ 19-21 WStG, 11 I SoldG), lo que depende solamente del carácter obligatorio de la orden; obligatoriedad que, por otro lado, se debe diferenciar de su juridicidad o antijuridicidad.

De acuerdo al § 22 I WStG (también § 11 I 3 SoldG) la *obligatoriedad* queda suprimida (y con ella el deber de obediencia) especialmente –aunque también en casos comparables[16]– cuando la orden no fue dada con finalidad oficial, cuando viola la dignidad humana o exige un comportamiento punible.[17] Por otro lado, una orden puede ser considerada ya *antijurídica* si ordena una simple falta o "irregularidad". Por ello, la *no* obligatoriedad exige algo más que una simple antijuridicidad o ilicitud, debe tratarse de una antijuridicidad *cualificada* o bien una antijuridicidad específica *penal* (*Strafrechtswidrigkeit*).[18]

El consecuente reconocimiento de una orden[19] (simplemente) *antijurídica* pero igualmente *obligatoria* representa una *contradicción* de valores: el ordenamiento jurídico califica la acción ordenada como antijurídica pero obliga al subordinado a ejecutarla.[20] Esta contradicción de valores, codificada por el Derecho penal militar,

[15] Schölz/Lingens, *supra,* nota 8, § 5 mn. 16; ver auch *v.* Weber, *Monatsschrift de Deutschen Rechts (MDR),* 1948, 34 (38:"¡Costumbre de obedecer!").

[16] En el caso de una orden imposible, irrazonable o insostenible (ver Arndt, *NZWehrR,* 1960, 145, 148).

[17] Ejemplos en Arndt, *NZWehrR,* 1960, 145 (149). Distinto al Derecho del empleado público, donde el relevo de la obligación de obedecer depende subjetivamente de que la penalidad del receptor de la orden sea posible de reconocer (crit. Lenckner, *supra,* nota 3, 227).

[18] Se refiere a la violación del orden jurídico al cometer un hecho penal, no a la antijuridicidad penal como escala de valoración especial entre la tipicidad y la antijuridicidad (ver *Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß,* 1993).

[19] Ver Lehleiter, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl,* 1994, p. 71, que muestra las distintas opiniones y distingue entre órdenes "con un disvalor del resultado de carácter penal" (*"strafrechtlichem Erfolgsunwertüberhang"*) y otras que ordenan un hecho que no realiza un injusto penal.

[20] Preciso en *v.* Weber, *MDR,* 1948, 37; también Lehleiter, *supra,* nota 19, p. 97, 193.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

no tiene que ser solamente aceptada como *lex lata,* sino también explica por qué el subordinado no sólo debe ser exculpado,[21] sino aun *justificado.*[22] El § 5 I WStG prevé la posibilidad de exclusión de *culpabilidad* cuando el subordinado comete un hecho antijurídico, el cual realiza un tipo penal. Se refiere por tanto, como también lo hace el reglamento militar que dispensa de la obligación de obedecer (§§ 22 I WStG, 11 II 1 SoldG), a un hecho antijurídico *penal o* –más explícito– *criminal* (*strafrechtswidrig*), no sólo a un hecho simplemente antijurídico; tal hecho criminal se basará regularmente en una orden igualmente criminal.[23] Así, en caso de una orden *no* obligatoria (por ser criminal) es posible solamente una exclusión de *culpabilidad.*[24]

El actuar bajo una orden *obligatoria* (*simplemente* antijurídica), por otro lado, debe ser tratado diferentemente, pues en este caso el subordinado está sujeto a una *obediencia obligatoria.* El debe obedecer la orden de acuerdo al reglamento militar aplicable y se opone al sentido de justicia hacerle por ello un reproche de antijuridicidad penal. Este sentir se funda dogmáticamente en que, tratándose de infracciones menores (no penalmente antijurídicas, en el sentido mencionado), predomina la obligación de obediencia sobre el deber de respetar el orden jurídico (colisión justificable de deberes).[25] La responsabilidad personal del subordinado depende decisivamente del deber de obediencia dentro de la "relación jurídica *interna*" nacida de la obligatoriedad de la orden. La "relación jurídica *externa*" queda intacta, ya que la obligación de obediencia no hace que el accionar del subordinado sea jurídico o lícito, sino que desplaza solamente la responsabilidad penal a un nivel superior de mando.[26] Así, dentro de la jerarquía militar, se

[21] Así el punto de vista de Arndt, *NZWehrR,* 1960, 145 (148); hoy en día ver Weber en: Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht AT,* 10ª ed. 1995, § 23 mn. 53.

[22] Jescheck/Weigend, *AT, supra,* nota 2, p. 394, en nota 16; Roxin, *supra,* nota 7, § 17 mn. 18; Jakobs, *supra,* nota 6, 16/14; Lenckner, *supra,* nota 3, 224; Lehleiter, *supra,* nota 19, p. 158 (171, 188), con explicación de las distintas opiniones.

[23] Éste no tiene que ser necesariamente el caso: el superior puede hacer valer independientemente las causas de justificación y exculpación (Schölz/Lingens, *supra,* nota 8, § 5 mn. 4), el subordinado puede desviarse conscientemente de la orden dada.

[24] Ver Jescheck/Weigend, *AT, supra,* nota 2, p. 494.

[25] En este sentido Jescheck/Weigend, *AT, supra,* nota 2, p. 394; Roxin, *supra,* nota 7, § 17 mn. 18.

[26] Parecido en *v.* Weber, *MDR,* 1948, 37; Lenckner, *supra,* nota 3, p. 225.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

responsabiliza de una orden antijurídica obligatoria a aquel que utiliza dicha jerarquía (es decir al superior) y no a aquel que es utilizado por ella (el subordinado).[27]

4. Las regulaciones ya mencionadas comparten en parte las constelaciones de *error*. Así establece, como ya se mencionó, el § 5 I WStG en caso de una orden no obligatoria (penalmente antijurídica), un régimen especial de error de prohibición.[28] El § 22 WStG regula errores sobre la obligatoriedad de la orden, que bajo las allí mencionadas condiciones descartan una penalidad por desobediencia (§§ 19-21 WStG).[29] Por lo demás se aplican las reglas generales del error.

5. Finalmente, en casos de actuación bajo órdenes pueden concurrir causas de justificación y de exculpación generales, especialmente el estado de necesidad por orden (*Befehlsnotstand*), o bien por fuerza o coacción (*Nötigungsnotstand*).

Esto presupone que el subordinado cumple una orden –que reconoce como antijurídica– para evitar una situación de peligro de muerte o de daño a la integridad física. En este caso se somete a una fuerza real, mientras que en el caso de actuar bajo órdenes cede ante una obligación jurídica (obligación de obediencia).[30] El estado de necesidad por orden representa un caso especial de estado de necesidad por fuerza o coacción, pero opera solamente si existe peligro de muerte o daño a la integridad física.[31] La clasificación del estado de necesidad por fuerza, como razón de justificación o exculpación, es discutible.[32] Una exculpante encuentra sus límites en la cláusula de exigibilidad del § 35 I 2 *Strafgesetzbuch* (StGB = Código Penal), pues debe aceptarse el peligro cuando el autor del delito se encuentra en una relación jurídica especial, en cuyo marco puede típicamente aparecer dicho peligro.[33]

[27] Preciso en Jakobs, *supra*, nota 6, 16/14.
[28] Ver *supra*, nota 6.
[29] Ver Arndt, *NZWehrR*, 1960, 145 (153).
[30] Lehleiter, *supra*, nota 19, p. 183.
[31] Jescheck/Weigend, *AT*, *supra*, nota 2, p. 483; también Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, 2ª ed. 1982, p. 81, el cual comprueba que los autores nazis no estuvieron expuestos a tal peligro (94, 120).
[32] Ver la discusión actual en Lehleiter, *supra*, nota 19, p. 182, el cual apela a una justificación (185); Jescheck/Weigend, *supra*, nota 2, p. 484; diferenciando Roxin, *supra*, nota 7, § 16 mn. 57.
[33] *Hirsch*, en *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 13ª entrega, 1994, § 35 mn. 53, 55. §35 I 2 StGB hace evidente que se trata del problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma (ver Lenckner, en Schönke/Schröder, StGB, 25ª ed. 1997, § 35 mn. 2 a).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA PENAL INTERNACIONAL

1. La jurisprudencia internacional desde Nuremberg

La "actuación bajo órdenes" adquirió, desde el punto de vista de la defensa, durante los juicios de Nuremberg,[34] una connotación especial, ya que Hitler, como jefe supremo del mando, tras su muerte no podía ser enjuiciado. La libertad de los que recibieron las órdenes se hubiera logrado simplemente invocando una "orden del *Führer*" para cada crimen de los nazis, bajo el supuesto de una jerarquía extremadamente vertical.

Para el Tribunal Internacional Militar (TIM) y los tribunales posteriores fue bastante fácil rechazar este postulado, el estatuto del TIM (art. 8°) y la Ley del Consejo de Control (de los Aliados) N° 10 (KRG 10, art. II N° 4) excluyen la "actuación bajo órdenes" como causal de exención de la punibilidad. El TIM argumentó que el art. 8° era compatible con el derecho de todas las naciones y, por lo tanto, la "actuación bajo órdenes" sólo podría considerarse una causa de atenuación de la pena. Lo que habría que determinar es si de acuerdo al derecho penal de la mayoría de las naciones "existió, según la ley ética, la posibilidad real de elegir ("*moral choice*").[35] Si esto no fuese así, existe la posibilidad de una atenuación de la pena. Con respecto a los crímenes concretos, el TIM llegó a la siguiente conclusión:

"Órdenes superiores, aunque hayan sido dadas por un militar, no podrán ser consideradas como atenuantes, si es que dichos crímenes indignantes y frecuentes fueron realizados en forma consciente, sin consideración y sin necesidad militar o justificación".[36]

[34] Como "Juicio de Nuremberg" se conoce el juicio contra Göring y otros (*Internationaler Gerichtshof-IMG, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMG*, Nürnberg 1947, 42 tomos) y los 12 juicios posteriores ante Tribunales Militares Estadounidenses (*US-Government Printing Office*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, Washington DC 1950-1953, 15 tomos - citados como TWC y tomo).
[35] *IMG*, *supra*, nota 34, p. 250. En ella se habla ciertamente de una posibilidad de exención por estado de necesidad por fuerza (ver *v.* Weber, MDR, 1948, 39).
[36] *IMG*, *supra*, nota 34, p. 328 (traduc. del alemán). Ver también p. 253: "La relación entre líder y liderados, al igual que en una relación tiránica, no excluye de responsabilidad si es que se trata de crímenes estatales organizados" (traduc. del alemán).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

De igual manera se pronunciaron los tribunales militares en los juicios posteriores, basándose en el texto legal del art. II 4 b) KRG 10.[37] Se señala que emplear como justificación la "actuación bajo órdenes", siguiendo la argumentación de la defensa, llevaría al absurdo resultado de que Hitler fue el único responsable de todos los crímenes.[38]

En algunos juicios se desarrollaron condiciones materiales de aplicación a la "actuación bajo órdenes". El Tribunal en *US v. Brandt et al.*[39] sostuvo el punto de vista de que la invocación de la causal de "actuación bajo órdenes" no es admisible si el acusado tenía un *"espacio de decisión"*, como la facultad de rechazar la orden o realizarla voluntariamente y por iniciativa propia.[40] En el *Proceso contra los Juristas* se dijo que la aplicación de leyes formales no liberaba a nadie de responsabilidad; más bien, el proceder siguiendo la ley es condenable si es que las leyes invitan a cometer crímenes internacionales.[41] Según *US v. List et al.*,[42] la "actuación bajo órdenes" no puede excluir de responsabilidad penal en base al derecho interno de las "naciones civilizadas", pero a nivel del derecho internacional depende de la juridicidad de la orden. Sólo en el caso de una orden jurídica se puede tomar en consideración una exclusión del injusto; de otra manera –en el caso de una orden antijurídica– hace ya falta una norma válida,[43] así que la ejecución de la orden solamente podría considerarse como atenuante de la pena. Sin embargo, una exención de la punibilidad es posible alegando error.[44]

La cuestión del *conocimiento* (elemento subjetivo) jugó un rol decisivo en *US v. Ohlendorf et al.*[45] Partiendo del hecho de que un soldado no es una máquina, sino un ser racional, resulta que una exclusión del injusto sólo es posible si se trata de órdenes que se refieren a obligaciones militares, para cuya promulgación el superior tiene competencia y que además son legales. En el caso de una orden antijurídica depende de la –ya por el TIM citada– posibilidad de una "elección moral" y de que el subordinado pueda probar una "ignorancia excusable de su ilegalidad" (*"excusable ignorance of their illegality"*). Si es que faltara, el subordinado podrá invocar solamente un estado de necesidad por fuerza o coacción (*Nötigungsnotstand*).[46] La invocación de la "actuación bajo órdenes" no es posible, en todo caso, si el subordinado se somete en algún momento al carácter antijurídico de la orden.

Esta jurisprudencia, sobre todo el veredicto del TIM, constituyó la base de otros numerosos juicios contra criminales de guerra nazis ante tribunales nacionales y de ocupación, en los que la "actuación bajo órdenes", como razón de exención de punibilidad –por las mismas razones–, fue rechazada. De las numerosas decisiones jurisprudenciales internacionales,[47] es relevante el juicio contra el Director del Departamento de Asuntos Judíos del Ministerio de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*), Adolf Eichmann.[48] En este caso se rechazó la objeción de la "actuación bajo órdenes", debido a la falta de reconocimiento, por parte del derecho internacional penal, de las órdenes "evidentemente ilícitas" (*"manifestly unlawful"*).[49] Por otro lado, se señaló que Eichmann no solamente cumplía órdenes, sino que actuaba de manera "sobrecumplidora".[50] Hace poco, en el caso "Erdemovic" ante el ICTY, también fue negado el efecto eximente por "actuación bajo órdenes" con base en el texto del artículo 7° inc. 4 del Estatuto del Tribunal.[51]

Merece especial referencia, además –no sólo desde un punto de vista alemán– la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Zona Británica (*Oberster Gerichtshof für die britische Zone-OGHBrZ*), sucesor

[37] *US v. Brandt et al.*, TWC II, pp. 227, 291, 296; *US v. Altstoetter et al.*, TWC III, pp. 983 s.; *US v. von Leeb et al.*, TWC XI, pp. 475, 507 s.

[38] *US v. von Leeb et al.*, TWC XI, p. 507 s; *US v. Weizsäcker et al.*, TWC XIV, p. 976.

[39] *US v. Brandt et al.*, TWC II, pp. 227, 262 s.

[40] Tal iniciativa propia se puede dar en caso de un exceso (ver BGH *NJW* 1995, 1297 s.: excesos individuales contra la población civil no cubierta por una orden militar y perseguida penalmente por el derecho militar).

[41] *US v. Altstoetter et al.*, TWC III, pp. 983 s., 1128.

[42] *US v. List et al.*, TWC XI, pp. 1236 s., también pp. 1271, 1280.

[43] Literalmente: "...an illegal order is in no sense of the word a valid law which one is obliged to obey" (ídem, p. 1237) ["en el derecho válido carece de sentido que alguien esté obligado a obedecer una orden ilegal"].

[44] Ver *US v. Milch*, TWC II, p. 788.

[45] *US v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, pp. 470 s.; sobre casos precedentes en Alemania: pp. 483 s.; sobre acusados concretos: pp. 473, 517, 585; con respecto al "principio del liderazgo" en este contexto ver pp. 506 s.

[46] En la sentencia falta una delimitación clara (ver ídem, p. 470).

[47] Sobre los juicios inmediatos al término de la guerra ver *United Nations War Crimes Commission (UNWCC), Law Reports of Trials of War Criminals*, tomo XV (Digest), 1949, pp. 157 ss.; secundaria también *Bassiouni*, 1992, pp. 415 s.; sobre el juicio contra Priebke ver *Hein, Deutsche Richterzeitung*, 1996, p. 476 (481).

[48] Ver la condena (a muerte) del Juzgado de Primera Instancia de Jerusalén de 12.12.1961 (*International Law Reports = ILR* 36, 1968, pp. 5-14, 18-276; traducción al alemán en: *Less* (1987) y la sentencia confirmatoria en la apelación ante la Corte Suprema de 29.5.1962 (ILR 36, 1968, pp. 14-17, 277-344).

[49] *Juzgado, supra*, nota 48, par. 218-20; *CS, supra*, nota 48, par. 15 (entre otros basándose en *US v. Ohlendorf*).

[50] *Juzgado, supra*, nota 48, par. 216, 228. 231: *CS, supra*, nota 48, par. 15 (p. 313, 318 s.).

[51] *ICTY-Trial Chamber I*, Sentencing Judgement, Drazen Erdemovic. Case N° IT-96-22-T, 29-11-1996, par. 15 s. (con anotaciones interesantes sobre el estado de necesidad por fuerza). Ver también Ambos/Ruegenberg, *NStZ-RR* 1998, pp. 167 s.; Ambos, en Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, tomo III, *Makrodelinquenz*, Baden-Baden, 1998, pp. 391 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

del *Reichsgericht* en la zona de ocupación británica hasta el establecimiento del *Bundesgerichtshof*. Lamentablemente la jurisprudencia del OGHBrZ fue pocas veces citada.[52] Este Tribunal no examinó tanto la cuestión del efecto eximente de la "actuación bajo órdenes", sino más bien el problema fundamental de cómo órdenes estatales –también órdenes legales– pueden desarrollar efectos eximentes y cómo, en un caso concreto, otras razones de justificación o excusa (sobre todo el estado de necesidad por fuerza) pueden tomar en cuenta la situación especial de sometimiento por fuerza o coacción del subordinado. En cuanto a las órdenes basadas en una ley, la Corte sostuvo con notable claridad en su primera sentencia sobre los casos de eutanasia decretada por Hitler en octubre de 1939, que éstas (y otras) "normas" no tenían ninguna obligatoriedad jurídica o legal:

"La opinión de ciertos profesores nazis de derecho de que cada capricho jurídicamente relevante de Hitler, que en su modo puede ser visto como norma, no obstante su forma, igual a una ley y obligatoria jurídicamente, es un autodesapoderamiento de los miembros de la comunidad jurídica denigrada a favor de un déspota, que analizado desde el punto de vista del Estado de Derecho no merece observancia como ciencia de las fuentes jurídicas".[53]

La OGH no sólo se ha apoyado en el texto legal del KRG 10 en lo que respecta a la consecuencia jurídica concreta de la "actuación bajo órdenes", sino que también se ha pronunciado sobre la situación jurídica alemana (en particular § 47 MStGB), diciendo que las infracciones graves del derecho no pueden ser justificadas por "actuación bajo órdenes".[54] El subordinado podría verse envuelto en una situación excepcional de necesidad debido a la orden que se le dio y por ello su conducta podría –bajo ciertas condiciones estrictas– ser justificada o exculpada por las causales de estado de necesidad o estado de necesidad por fuerza. El autor no sólo debe encontrarse en una situación objetiva de peligro, sino que debe estar consciente de dicho peligro y haberse decidido a realizar la acción ordenada para evitarlo:

[52] El único trabajo que analiza la jurisprudencia de guerra (pero de modo demasiado negativo) es el de Storz, *Die Rechtsprechung des OGHBrZ*, 1969, *passim*.

[53] *OGHSt* 1, p. 321 (324) [traduc. del alemán]. Ver también *OGHSt* 2, p. 117 (128, 129). A éste se unió el BGH, ver *BGHSt* 2, p. 173 (177); 2, 234 (237s); 3, 110 (128); 3, 357 (362 s.) así como recientemente refiriéndose al § 27 de la Ley de Frontera de la RDA, BVerfG *NJW* 1997, p. 929 (931).

[54] *OGHSt* 1, p. 310 (312). Sobre la situación jurídica alemana v. Weber, MDR 1948, 35 s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"La circunstancia de que tal acción sea la única salida a dicha situación de peligro para la vida, debe haberlo llevado a esta elección... Si el autor no obró, a pesar del peligro inminente, para evitarla, sino por otros motivos, entonces no entran en vigencia los §§ 52, 54 StGB".[55]

Por ello tiene que existir también un elemento subjetivo de justificación.

Sin embargo, el OGHBrZ llegó después a la conclusión de que el art. II 4 b) KRG 10 no quiere decir, para todos los casos, que la orden no sea relevante para la responsabilidad penal del receptor de la misma.[56] Más bien, expresa solamente un concepto jurídico que debe estar en concordancia con el derecho de todas las naciones, es decir, concretamente puede depender de si es aplicable el derecho alemán, que es más benévolo con el subordinado (§ 47 MStGB) o el anglosajón, que es más estricto. En el caso concreto, sólo lo mencionó y se inclinó por el derecho anglosajón. Según éste, depende si la orden era evidentemente antijurídica y si el subordinado debió reconocerla, es decir, si éste "estaba en la capacidad de comprender lo injusto de su proceder".[57]

2. La normatividad y doctrina del derecho penal internacional

a) *Ninguna exclusión de la punibilidad*

La jurisprudencia descrita refleja la situación del derecho internacional penal en la actualidad.[58] Como se ha comprobado en otro lugar,[59] las fuentes del derecho internacional demuestran claramente que el "actuar bajo órdenes", en el caso de la violación de derechos humanos, no se puede reconocer como causal de exclusión de la punibilidad. Tratados internacionales, tales como la Conven-

[55] *OGHSt* 1, p. 313 (traduc. del alemán). Los §§ 52, 54 (antiguo) StGB regularon la "coacción por una situación de fuerza" (*Nötigung durch Zwangslage*) y el "estado de necesidad" (*Notstand*).

[56] *OGHSt* 2, p. 269 (276).

[57] Ídem, p. 277.

[58] Sobre la situación jurídica hasta fines de la Segunda Guerra Mundial, ver v. Weber, *MDR*, 1948, p. 34.

[59] Ver Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, p. 294, especialmente el cuadro II, que se refiere a las fuentes internacionales desde Nuremberg (estatutos del *IMG*) hasta La Haya (estatutos de los tribunales para Yugoslavia y Ruanda); ahora también, Ambos, *Impunidad y Derecho penal internacional*, 1999 (Buenos Aires, Ad-Hoc; Bogotá, Universidad Externado), cap. V, cuadro II.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ción contra la Tortura de la ONU[60] (art. 2° apart. 3), niegan categóricamente cualquier exención de pena. El Estatuto de Roma,[61] si bien no contiene un rechazo tan absoluto como los otros instrumentos, declara inadmisible la defensa que invoca el cumplimiento de la orden superior, en caso de órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad, ya que éstas son consideradas ilícitas (Art. 33 inc. 2). De esta manera el Estatuto confirma la tendencia general de los tratados internacionales y regionales citados. El restante derecho en formación (*"soft law"*),[62] sobre todo las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y otros organismos de las NNUU, en general no se refieren a crímenes determinados, sino a crímenes internacionales y a violaciones graves de derechos humanos.

La responsabilidad penal del mando o superior, que conforma la contraparte lógica del receptor de la misma (subordinado), obedece a la denominada doctrina de la responsabilidad de comando (*command responsibility*), que se encuentra en numerosas fuentes internacionales (más reciente también en art. 28 del Estatuto de Roma)[63] y está reconocida por el derecho consuetudinario internacional.[64]

En lo referente a la responsabilidad del subordinado, una diferenciación parece razonable. Si se trata de hechos reconocidos como *crímenes internacionales*, en particular por el derecho de Nuremberg y su continuación a través de los Estatutos de los Tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y por el Estatuto de Roma, se rechaza una exclusión de la punibilidad. En lo que aquí concierne, existen tres grupos de delitos: crímenes de guerra (Derecho de La Haya y de Ginebra), genocidio y crímenes contra

[60] *BGBl.* 1990 II 247. La Convención entró en vigencia el 26 de junio 1987 y fue firmada hasta el 27 de marzo 1997 por 102 países, ver <http://www.un.org/Depts/treaty>.

[61] *Rome Statute of the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, Doc. ONU A/Conf. 183/9; en ILR 1998, 999; ver también: <http://www.un.org/icc>.

[62] Bajo *"soft law"* se entienden aquellas declaraciones o acuerdos extrajurídicos que no corresponden a las clásicas fuentes del derecho internacional como lo prevé el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Es por ello que no fundan ninguna obligación internacional, pero pueden llegar a tener importancia (política) o efectos penalizadores (intraestatales) (ver Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed. 1984, §§ 540 s., 654).

[63] Ver el comentario de Fenrick, en: Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, 1999 <www.nomos.de>.

[64] Ver Ambos, *supra*, nota 59, p. 303.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la humanidad.[65] Sin embargo, los Estados partes de la Convención sobre Genocidio, así como de las Convenciones de Ginebra (CG) y sus Protocolos Adicionales (PA), no se querían comprometer en esa cuestión.[66] Eso demuestra, por un lado, que la reglamentación propuesta en el art. 8° del Estatuto de la TIM (ninguna exclusión de la punibilidad), especialmente con respecto a las reglamentaciones del derecho nacional militar,[67] ya en la época generaba dudas y lleva, de otra parte, a preguntar por qué, a pesar de esto, fueron adoptados sin más por el Consejo de Seguridad de la ONU en los Estatutos del ICTY and ICTR. Parece que el Consejo de Seguridad –en vista de la crueldad de la guerra en la entonces Yugoslavia y en Ruanda– quería quitarle sustento, desde un principio, a la posibilidad de invocar el cumplimiento de una orden como causal de exclusión de la punibilidad. Como sea, no se puede negar que el rechazo de la orden superior como causal de exclusión de la punibilidad, reconocido además por la CDI en el Proyecto del Código de Crímenes de 1996,[68] tiene una base sólida en la jurisprudencia internacional desde Nuremberg, analizada en la sección anterior. Una visión comparada del derecho extranjero también apoya este punto de vista.[69]

[65] Ver art. 1-5 del Estatuto del Tribunal para Yugoslavia (resol. 827 del Consejo de Seguridad de 25-5-1993), art. 2-4 del Estatuto del Tribunal para Ruanda (resol. 955 de 8-11-1994), como los artículos 17, 18 y 20 del "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind" de 1996 = Draft Code 1996 (*Report ILC on the work of its 48th session*, 1996, A/51/10, pará. 30 y s.; ver Ambos, *European Journal of International Law* 1996, 519, 529). La categoría "crímenes contra la humanidad" es sumamente discutida debido a su contenido (ver ídem, 536 y s.).

[66] Ver Jescheck, "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht" *(SchwZStR)*, 1957, 217 (243); Gasser, en Haug, *Menschlichkeit für alle*, 1993, p. 499 (591).

[67] Las reglamentaciones mencionadas parten de una absoluta exención de la pena. Ver el *Field Manual* estadounidense de 1956 (en Jescheck, *SchwZStR* 1957, p. 244) y el *British Manual of Military Law* (*cf.* Eser, *Israel Yearbook on Human Rights*, 1994, 201, 206 en nota 20); ver también *Oehler, Internationales Strafrecht*, 2ª ed. 1983, mn. 1038 y ss.

[68] Ver art. 5° Draft Code 1996 (*supra*, nota 65). Una exención de la pena según el art. 11 Draft Code 1991 *(Report of ILC on the work of ist 43rd session*, 1991, A/46/10, pp. 238 y s.) solamente será negada si el subordinado tuvo la posibilidad *"not to comply with that order"*. Con respecto al Draft Code 1991, ver: McCormack/Simpson, *Criminal Law Forum (CLF)* 1994, 1-55; *Tomuschat*, en: Hankel/Stuby (comp.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 270-294; Ambos, *ZRP* 1996, pp. 265 y s.

[69] *Cfr.* Jescheck/Weigend, *supra*, nota 2, pp. 498 ss.; Kreuter, *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts*, 1997, pp. 169 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Si se trata de *otros delitos*, aquellos que no caen dentro de las categorías citadas y que tienen un bajo grado de reconocimiento por parte del derecho internacional o en parte no son reconocidos, se debe seguir la formulación del CDI-Proyecto de Código ("Draft Code") y de los "Principios Básicos para el uso de armas de fuego por miembros de las fuerzas de seguridad", de que en determinados casos un "acto en cumplimiento de una orden" puede ser causal de exclusión de punibilidad. Se trata de los hechos en los cuales no es posible para el autor oponerse a la orden *y* la orden no es "manifiestamente antijurídica".

La última diferencia se remonta a la discusión desarrollada especialmente en la doctrina penal,[70] acerca de si no depende en última instancia del punto de vista subjetivo del destinatario de la orden y ulterior autor del hecho inmediato. Desde la perspectiva del derecho penal parece admisible –por el principio de culpabilidad– una condena sólo si la ejecución de la orden y (con esto) la comisión del hecho son imputables y reprochables al destinatario de la orden. Este componente subjetivo es pasado por alto, generalmente, por las consideraciones estatales de "carácter colectivo" que se encuentran en el campo de derecho internacional.[71] El "actuar bajo órdenes" puede ser reprochable sólo si el subordinado pudo reconocer la antijuridicidad de la orden o –a pesar de su abierta antijuridicidad– no la reconoció por grave imprudencia y, no obstante haber tenido la posibilidad de actuar de otro modo, sin embargo la ejecuta. El TIM empleó, como ya se dijo, el criterio de una verdadera "elección moral". Este intento de encontrar una solución justa para cada caso individual se encuentra presente en las fuentes internacionales, solamente en las reglamentaciones sobre atenuación de la pena bajo la fórmula "si la justicia así lo requiere" ("if justice so requires"). Dogmáticamente se trata del problema del juicio de reprochabilidad del ejecutor de la orden. Al respecto se asocian dos cuestiones específicas. Partiendo de la falta de conocimiento del injusto que implica la ejecución de la orden, se puede preguntar en primer lugar si el subordinado hubiera podido o no *evitar* ese error de prohibición.[72] En un caso concreto esto depende de numerosos factores, tales como el tiempo de reflexión existente entre el momento en que se imparte la orden y el momento en que se ejecuta, la disciplina exigida a los militares y otras circunstancias. Finalmente, el subordinado tiene también un deber de examinar la orden; las exigencias a este deber corresponden, en principio, a las de un infractor "normal".[73]

Una orden es pues, en todo caso, reconocida como antijurídica –según el baremo del observador razonable promedio– cuando es "manifiestamente ilegal" (antijurídica); en este caso existe una presunción a favor de la posibilidad de evitar el error de prohibición.[74] Esto se debe aceptar en el caso de órdenes que se dirigen a la comisión de graves violaciones de derechos humanos. La orden de hacer "desaparecer" una persona, de torturarla o de ejecutarla ilegalmente es tan "manifiestamente ilegal" como el

[70] Ver especialmente Eser (*supra*, nota 67), p. 204, que describe la discusión actual diferenciándola en tres direcciones: "actuar bajo órdenes" como "full defence" (*"binding effect of an order", "subjective impossibility of refusing"*), como ninguna *"defence"* (planteamiento de *"absolute liability"*) o –como solución media– diferenciación según *"manifest illegality"* o bien *mens rea* (ver en *Festschrift Triffterer*, 1996, 755, 762 y s.). Ver Jescheck (*Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, p. 255, 385), el cual –como Eser– es partidario de la "solución media" (ver Jescheck, *SchwZStR* 1957, 241 y s.). Para Oehler (*supra*, nota 67), mn. 1038, aquí 1044, depende si es que el subordinado "no pudo reconocer la orden como obviamente antijurídica o si no tenía que reconocer, razonablemente, su antijuridicidad"; ver Triffterer, en Lampe (comp.), *Deutsche Wiedervereinigung*, tomo II, 1993, p. 131 (147 y s.); dicho sea de paso, él trataría crímenes de guerra y hechos delictivos por igual. Ver también Zúñiga, Nuevo Foro Penal (Medellín) 1991, 331 (339); Gasser (*supra*, nota 66), p. 591; Sunga, *Individual responsability in international law for serious human rights violations*, 1992, pp. 55 y s.

[71] Ver Orentlicher (*The Yale Law Journal* 1991, 2537, 2603) y Kokott (*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV* 1987, 506, 528), los que constataron que en caso de graves violaciones de derechos humanos no existe ninguna justificación (en un sentido no técnico; de manera similar *UN-Working Group on Enforced or Involuntary Disappearences*, UN-Dok. E/CN.4/1994/26, 1993, pará. 46 j). O'Brien, American Journal of International Law (AJIL), 1993, 639 (653), se refiere al problema del conocimiento (insuficiente) del subordinado y quiere reconocer la "orden superior" como "defensa" (parecido al planteamiento diferenciado de Sunga, *supra*, nota 70, p. 57).

[72] Ver Jescheck, *SchwZStR* 1957, 242; ídem, *supra*, nota 70, p. 387; Jescheck/Weigend, *supra*, nota 2, p. 495. La discusión se refiere al término de Metzger, "la ceguera del derecho" – *"Rechtsblindheit"* (explícitamente Jescheck, *SchwZStR*, 1957, 244; ver Tribunal Regional Superior de Freiburg, *Juristenzeitung – JZ*, 1951, 86). Una parte de la ciencia parte de un error de tipo (ver Zúñiga, *supra*, nota 70, pp. 339, 342 nota 37; Sancinetti, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1987, p. 472).

[73] Según Jescheck (*supra*, nota 70), p. 261, el deber de verificación es limitado, depende del reglamento disciplinario y de las posibilidades reales; ya que en el campo militar no se deben sobrepasar ciertas exigencias (ver también Zúñiga, *supra*, nota 70, p. 341). Ver ya, *supra*, nota 9 y texto.

[74] Así Sancinetti *supra*, nota 72, p. 472.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

genocidio de una determinada minoría étnica y determinados crímenes de guerra. Existe pues un límite absoluto, que no deja espacio para una consideración subjetiva, teniendo en cuenta el objetivo orden de valores (de derecho internacional), en determinadas actividades delictivas se parte del reconocimiento de la ilegalidad de la orden, y también se atribuye a todo destinatario de la orden la capacidad de efectuar tal reconocimiento.[75] Esto corresponde también con la valoración aludida en el § 5 I WStG, pues la antijuridicidad del hecho es en estos casos evidente. Como segunda pregunta específica, se debe verificar si el subordinado no puede ser exculpado desde *otro* punto de vista que más bien se refiere al reproche personal en sentido estricto. El estado de necesidad por coacción,[76] ya mencionado –como causa de exculpación– entra en vigencia si el subordinado es obligado a ejecutar una orden, reconocida por él como antijurídica, ya que de lo contrario su vida, su integridad física y su libertad estarían en peligro. La figura del procedimiento bajo órdenes es en tal caso superflua, ya que las causas generales de exculpación permiten soluciones adecuadas.[77] Entonces rigen también los presupuestos de aquéllas, en especial debe el subordinado haber actuado para evitar un peligro.[78]

En todos los casos posibles se trata de la cuestión del *reproche personal* por la ejecución de la orden, de conformidad con la terminología alemana y española, ello nos ubica en el terreno de la

[75] En este sentido, en contra de la doctrina de la "obediencia a ciegas" en actos crueles, Zaffaroni (comp.), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, 1986, p. 272. La Corte Constitucional colombiana niega rotundamente el efecto eximente en caso de órdenes antijurídicas, particularmente en casos de "hechos de suma crueldad" (veredicto C 578/95 de 4-12-1995, especialmente pp. 28, 35). Ver también Oehler (*supra*, nota 67), mn. 1020, 1044; Triffterer, en Hankel/Stuby (*supra*, nota 65), p. 240; Roht-Arriaza (comp.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, 1995, p. 66.

[76] Con respecto a la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma como causa de exculpación (negada) ver Jescheck/Weigend, *supra*, nota 2, p. 503; Roxin, *supra*, nota 7, § 22 mn. 138 y s. La inexigibilidad en general es descrita por: Zúñiga (*supra*, nota 70), p. 344.

[77] Así básicamente el planteamiento de *mens rea* (Dinstein), que ve la orden de un superior no como defensa "propia", sino como parte de otra "defensa" (ver Eser, *supra*, nota 67, p. 209). Aparte de la inexigibilidad de una conducta, conforme a la norma se puede pensar también en una colisión de deberes (ver Sancinetti, *supra*, nota 72, p. 468).

[78] Ver Jescheck/Weigend, *supra*, nota 2, p. 483; Roxin, *supra*, nota 7, § 22 mn. 32 y s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

culpabilidad y no de la justificación.[79] Eso es igualmente correcto en tanto que la accesoriedad limitada permite la posibilidad de una participación punible –por ejemplo, de un instigador o cómplice militar de mala fe– en el hecho ejecutado, así como la justificación de un ataque realizado en legítima defensa. Que se le quiera reprochar finalmente al destinatario de la orden su ejecución, dependerá decididamente de cómo se considera la relación de servicio militar. Esto dependerá nuevamente del caso en concreto y es una pregunta de hecho, mas no de carácter normativo. En el caso de los llamados delitos graves la disciplina militar no puede constituir, por sí sola, el límite en el examen de legalidad de las órdenes. Tampoco es razonable, porque justamente en el campo militar "las exigencias no deben ser exageradas".[80] ¿No debería justamente un soldado estar a la altura de las especiales situaciones de dificultad que implica su servicio? Tampoco es necesario partir –como principio– de la "costumbre a la obediencia y la confianza en los superiores",[81] en favor de los subordinados.[82]

[79] Así también Jescheck/Weigend, *supra*, nota 2, p. 494; Jescheck, *supra*, nota 70, p. 255, que sin embargo se ocupa de una (adecuada) armonización integral de ambos deberes de protección: "De una parte, el ordenamiento jurídico debe asegurar la capacidad funcional del aparato estatal y esto requiere de la garantía del deber de obediencia, al interior de la jerarquía de los órganos estatales, especialmente en el ámbito militar. De otra parte, se encuentran el deber del Estado de Derecho, de proteger a todas las personas de las intervenciones del poder estatal y de aplicar las normas penales, también en contra de aquellos órganos estatales en los que sus superiores imparten órdenes ilegales. Esta contradicción genera exigencias opuestas a los subordinados y con ello la colisión entre el mandato de obediencia y las normas del ordenamiento penal. El fundamento para la exculpación del subordinado de la responsabilidad penal puede ser de una parte esta contradicción de deberes, pero también la protección de la confianza, que por lo general al subordinado le manifiesta la legalidad de las órdenes del superior" (p. 255; traduc. del alemán). En forma similar la argumentación de Sancinetti, *supra*, nota 72, pp. 467 ss. sobre la colisión (exculpativa) de deberes. Decidido por el estado de necesidad justificante Roxin, *supra*, nota 7, § 17 nm. 18. Críticas sobre la falta de diferenciación en la doctrina extranjera: Eser, *supra*, nota 67, p. 209.

[80] Jescheck, *SchwZStR*, 1957, 261.

[81] Jescheck, *SchwZStR*, 1957, p. 244 (traduc. del alemán).

[82] A dónde conduce esa mentalidad lo muestran las revelaciones del antiguo capitán de corbeta argentino Scilingo (*cf.* Verbitsky, 1995).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

b) *Excepcionalmente atenuación de la pena*

De las fuentes pertinentes del derecho internacional penal[83] se desprende que la reducción de la pena en el caso de crímenes cometidos durante un conflicto bélico –crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad– es permitida en casos individuales, "si la justicia así lo requiere". Esta formulación estándar demuestra que la comunidad de Estados se inclina por una reducción de la pena en estos supuestos, pero deja la decisión de los casos individuales a las sedes jurisdiccionales respectivas.[84] En este sentido, se debe referir a los *criterios* ya desarrollados.

Si se trata de un supuesto donde el subordinado, habiendo *reconocido* la *antijuridicidad* de la orden, sin embargo la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden. Aquí entra en consideración, pues, el aspecto ya planteado en el plano de la exclusión de la punibilidad, de la obligatoriedad de la orden dentro de la jerarquía militar,[85] que puede impedir en determinadas circunstancias el rechazo de la orden (inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

Si se trata de un caso en el cual el subordinado *no reconoce* la *antijuridicidad* de la orden, pero este error (de prohibición) fue evitable, se podrá considerar, de acuerdo con lo dicho, con mayor razón una atenuación punitiva. Ya que en este caso el grado de reproche es menor.[86] El subordinado actúa aquí confiando en la legalidad de la orden, y la reprochabilidad de su conducta consiste sencillamente en no haberla examinado suficientemente, es decir, por un comportamiento imprudente, lo que puede fundamentar un reproche de culpabilidad por imprudencia, pero no por dolo como cuando se actúa a pesar de conocer la *antijuridicidad* de la orden. Por lo demás, aquí también la decisión depende en última instancia del caso individual. Se tendrá que probar especialmente la naturaleza y el contenido de la orden, así como las posibilidades fácticas con que contaba el subordinado para examinar la orden en la situación concreta de su ejecución.

[83] Ver *supra*, nota 59.

[84] Ver Eser, *supra*, nota 67, p. 210, nota 35; Jescheck, *supra*, nota 70, p. 255; ídem, *SchwZStR*, 1957, 244; Sunga, *supra*, nota 67, p. 57; Orentlicher, *supra*, nota 68, p. 2603.

[85] *Cfr.* especialmente Jescheck, *supra*, nota 70, pp. 255 ss.; ibíd., *SchwZStR*, 1957, pp. 242 ss.

[86] En este sentido Zúñiga, *supra*, nota 70, p. 349.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

RESUMEN

El *derecho internacional penal* establece en el caso de los denominados crímenes internacionales, especialmente la tortura y las "desapariciones forzadas", que no es admisible una exclusión de la punibilidad. En éstos se parte, en el sentido de la citada presunción, de la antijuridicidad *manifiesta* de la orden, de modo tal que se desvirtúa la posibilidad de un error de prohibición *inevitable* y permite atribuirle al subordinado el hecho. Tampoco una difícil situación de conflicto del subordinado conlleva, *en principio*, en vista del bien jurídico violado, a la exclusión de la punibilidad; sin embargo, puede considerarse como una circunstancia de atenuación punitiva. En el caso de hechos menos graves, puede plantearse una exclusión de la punibilidad si la orden no es abiertamente antijurídica y fue imposible para el subordinado oponerse a ella. Por el contrario, se plantea, en principio, también la posibilidad de una *atenuación punitiva* para los casos de crímenes internacionales. Aquí depende –de modo similar al supuesto de exclusión de la punibilidad– del caso individual y especialmente de si al subordinado le era posible negarse a cumplir la orden.

Desde el punto de vista del *derecho penal*, el reconocimiento de causales excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del subordinado, plantea siempre una cuestión de *reproche individual* por el hecho. Partiendo de la falta de reconocimiento del injusto por parte del subordinado (error de prohibición), se tiene que clarificar, en primer lugar, si él podía evitar el error o no. La posibilidad de evitarlo se presume en las órdenes manifiestamente ilegales. En estos casos se tiene que preguntar además si, en la situación concreta, se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

En el derecho alemán se diferencia entre una orden simplemente antijurídica y penalmente antijurídica. Si se trata de una orden obligatoria, entonces se justifica en principio al receptor de la misma. Si la orden es antijurídica –no obligatoria–, se considera sólo como una causa de exclusión de culpabilidad (§ 5 I WStG). Pero en tanto el derecho internacional penal establece que perpetrar crímenes internacionales representa un hecho antijurídico eviden-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

te, tiene que eliminarse la posibilidad de un recurso de apelación al amparo del § 5 I WStG.

Aunque la situación jurídica parezca clara, la dimensión psicosocial del "actuar bajo órdenes" es compleja. Solamente una educación crítica y un derecho penal ilustrado y liberal disminuyen la discrepancia entre las exigencias del derecho internacional penal y la realidad de la "obediencia absoluta", no sólo en el caso de las jerarquías de mando. Es necesario un tratamiento crítico frente a la autoridad y las órdenes:

> ""Orden es orden": quizás el seguir una orden puede originar su carácter definido e indiscutible, lo cual provoca que se piense tan poco sobre ella. Se le considera como algo que siempre fue así, ella aparece tan natural como imprescindible. Desde pequeño se está acostumbrado a recibir órdenes, de ellas se conforma en gran parte lo que se llama educación; también la vida adulta está regida por ellas, trátese de las esferas del trabajo, de la lucha o de la creencia. Casi nunca se ha formulado la pregunta sobre qué es una orden; si es realmente tan sencilla como parece y si no deja, sin considerar la rapidez y perfección de la respuesta esperada, otras huellas profundas, tal vez hostiles, en el ser humano que las obedece".[87]

[87] Canetti, *supra*, nota 1, p. 335.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

PRETERINTENCIONALIDAD Y CUALIFICACIÓN POR EL RESULTADO. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO COMPARADO*

Desde el punto de vista del derecho comparado debe ponerse en duda el pretendido carácter indispensable de los delitos cualificados por el resultado. En primer lugar, se puede constatar que la regulación alemana, en contraposición a la española e italiana (I, II), ha optado por una opción intermedia entre la responsabilidad objetiva por el resultado y la supresión completa de la preterintencionalidad. El estudio comparado de la punibilidad de la lesión con resultado de muerte en el caso alemán, por una parte, y en los casos español, sueco y suizo, por otra, muestra que la certeza que se supone que aporta el tipo penal del injusto cualificado por el resultado (III.1) queda contrarrestada por los beneficios que ofrece su determinación a través de las reglas del concurso, por medio de las cuales se ven modificadas las penas (III.2).

NOTA PRELIMINAR

Preterintencionalidad significa "más allá de la intención", tomado del término latino *praeter*, más allá, e *intentio-onis*, intención, pro-

* El artículo fue publicado originariamente en *GA* 2002, pp. 455 y ss., bajo el título "Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation - Rechtsvergleichende Überlegungen". Traducción y actualización (parte de España e Italia) a cargo de Cristina Fernández-Pacheco Estrada, Profesora Ayudante de Derecho Penal, Universidad de Alicante; revisión del profesor Dr. Antonio Doval (Alicante/Valencia) y del autor. Agradezco a Holger Barth (con relación a Francia), Dr. Gaetana Morgante (con relación a Italia), profesora Dra. Alicia Gil Gil, profesora Dra. Inmaculada Ramos Tapia y Teresa Manso (todas con relación a España), así como a Dr.h.c. Karin Cornils y Jussi Peca Matikkala (ambos con relación a países nórdicos) sus indicaciones acerca del derecho extranjero. También agradezco al profesor Dr. Thomas Weigend (Colonia) y al Dr. Helmut Gropengiesser (Freiburg) sus comentarios críticos.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

pósito. El autor causa un resultado que va más allá de su intención. "*Minus voluit delinquere et plus delinquit*"; así decía una famosa frase de Bartolomeo Cipolla en *Consilia Criminalia.*[1] Cuanto menos quería delinquir, más delinquía.

La responsabilidad *versari* propia del derecho canónico constituye una responsabilidad por un resultado preterintencional: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto.*[2] A quien comete un hecho ilícito le es imputable todo lo cometido, incluso lo accidental que se deriva de ese hecho.[3] Por su parte, las teorías clásicas del dolus *generalis*[4] y *dolus indirectus*[5] y la *culpa dolo determinata* establecida por Feuerbach[6] se basan, de nuevo, en la teoría *versari.* Sin embargo, mientras con el *dolus generalis* y el *indirectus* –en la línea de la teoría *versari*– la responsabilidad objetiva supera la intención originaria (que está limitada por la *res illicita*), con la teoría de la *culpa dolo determinata* se empezó a concebir los delitos cualificados por el resultado tales y como los conocemos hoy en Alemania. Dado que la *culpa dolo determinata* no es más que la imprudencia (objetiva)[7] fundada o determinada por el dolo, se puede considerar como un antecedente de la combinación clásica dolo-imprudencia.

Un examen de la preterintencionalidad y la cualificación por el resultado en el derecho comparado pone en evidencia de forma inmediata que la "preterintencionalidad" en los países "romanos", en especial en España e Italia, constituye la clave de la discusión acerca de la responsabilidad objetiva y la cualificación por el resultado, mientras en derecho alemán el tema prácticamente ni se menciona. Naturalmente, esta particularidad no justifica por sí sola el análisis del derecho español o italiano; lo importante, en realidad, es que, aunque los dos sistemas legales en realidad se aproximan,[8] en el tema que nos concierne han seguido caminos absolutamente opuestos.

La inclusión en el estudio de otros países de derecho continental resulta innecesaria. Sólo a modo de ejemplo merece la pena señalar que, el derecho francés –del mismo modo que el italiano– se mantiene en la idea del *versar*,[9] mientras en el norte (Finlandia y Suecia) –como en España– esencialmente se ha renunciado al delito preterintencional.[10] Dejando a un lado los Estados europeos continentales del *civil law*, el derecho angloamericano opta por soluciones mucho más pragmáticas que las teóricas y dogmáticas soluciones ofrecidas por el Derecho continental europeo.

[1] Bartolomeo Cipolla, *Consilia criminalia*, 1555, citado en Peris Riera, *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, 1994, p. 21.

[2] O también: *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu.*

[3] Véase Küpper, *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 1992, pp. 14 y ss.; también, Schubarth, *ZStW*, 85 (1973), pp. 193 y ss.; Lorenzen, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, 1981, pp. 35 y ss.; Rengier, *Erfolgsqualifizierten Delikte und verweandte Erscheinungsformen*, 1986, p. 14; Ferschl, *Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 1999, p. 30; Peris Riera, *supra*, nota 1, pp. 88 y ss.; Cerezo, en Cerezo, *Problemas fundamentales del derecho penal*, 1982, p. 60; el mismo, en Cerezo, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, 1993, p. 85.

[4] Véase Schubarth, *ZStW*, 85 (1973), p. 758.

[5] Véase Schubarth, *ZStW*, 85 (1973), p. 759; Küpper, *supra*, nota 3, pp. 16 y ss.; Rengier, *supra*, nota 3, pp. 14, 19, 22 y ss.; Ferschl, *supra*, nota 3, pp. 30 y ss.

[6] Véase Küpper, *supra*, nota 3, pp. 19 y ss.; Rengier, *supra*, nota 3, pp. 18 y ss., 26 y ss., 33; Ferschl, *supra*, nota 3, p. 31.

[7] Véase también Jescheck, *Niederschriften über die Sitzung der großen Strafrechtskommission*, tomo 2, 1958, p. 249.

[8] Acerca de los fundamentos históricos, véase Jescheck, *supra*, nota 7, p. 248.

[9] Se contempla así a través del *délit praeterintentionnel* o bien la figura del "dolo sobrepasado" (*dol dépassé*) ante la producción de un resultado grave, concreto y no previsible, como la muerte por causa de una lesión corporal (Art. 222-7, 222-8 Code Pénal), la culpabilidad por el delito básico (véase Desportes/Le Gunehec, *Droit pénal general*, tomo 1, 8ª ed., 2001, pp. 416 y ss.; Conte/Maistre du Chambon, *Droit Pénal general*, 5ª ed. 2000, pp. 210 y ss.; Gonnard, *Juris Classeur pénal*, Violences, Arts. 222-7 a 222-16, FET 10 [5, 1999], N° 27 con otras indicaciones; Garçon, *Code Pénal annoté*, 1959, Arts. 309 a 311, N^{os} 63 y ss.; en contra, Rassat, *Droit Pénal spécial*, 3ª ed., 2001, p. 281). Merece destacarse al respecto que la pena de la lesión leve con resultado de muerte (Art. 222-7) se sitúa, con 15 años, entre el homicidio doloso (Art. 221-1:30J) y la lesión grave (Art. 222-9: 10 J.), cumpliendo la función de colmar lagunas sostenida por Rengier en derecho alemán (*supra*, nota 3, pp. 132 y ss.).

[10] El CP finlandés mantuvo, hasta 1969, una serie de reglas casuísticas para los delitos cualificados por el resultado en el capítulo 21, entre otros, en §4 la lesión con resultado de muerte (*Das Strafgesetz für das Grossfürstentum Finnland vom 19.12.1889*, Berlín, 1891, pp. 30 y ss.). El actual Código Penal mantiene todavía únicamente en el capítulo 3 § 5 (1) una disposición que establece que una acción no se castiga cuando "sucede por caso fortuito o imprudencia" (*The Penal Code of Finland*, 39/1889, *as amended up to 1.1.2000;* traducción del inglés). Esta disposición debe excluir sólo la responsabilidad por caso fortuito, pero no –en una interpretación a contrario– una combinación de dolo e imprudencia. Sobre Suecia, véase Cornils/Jareborg, *Das schwedische Kriminalgesetztsbuch*, 2000, p. 10. También en Noruega la Comisión de Reforma del Derecho Penal se muestra favorable a la supresión de los delitos cualificados por el resultado, pero quiere llevarlo a cabo mediante una revisión de la parte especial (véase *Norges offentlige utredninger*, 1983: 57, pp. 145; 1992: 23, pp. 122, 280 = § 32).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

I. SITUACIÓN JURÍDICA EN ITALIA Y ESTADO DE LA DISCUSIÓN

1. Preterintencionalidad y responsabilidad objetiva en la parte general

El Codice Penale italiano (CP) en su redacción del Codice Rocco de 19 de octubre de 1930 determina, en el artículo 42.2,[11] que el delito preterintencional, al igual que el imprudente, sólo es punible cuando está previsto en la ley de forma expresa. Sin embargo, sólo se encuentra previsto expresamente el homicidio preterintencional (*omicidio preterintenzionale*), que, en el art. 584, se regula de la siguiente forma: "Quien mediante acciones dirigidas a la comisión de los delitos recogidos en los artículos 581 y 582 (riña y lesiones) mate a una persona, será castigado con pena de prisión de 10 a 18 años".[12] Además, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el artículo 18 de la Ley 194, de 22 de mayo de 1978, también prevé como delito preterintencional el aborto con resultado de muerte de la embarazada.[13]

En todo caso, ninguno de estos delitos da información alguna acerca de cómo debe ser entendida la conexión psicológica entre el autor y el resultado grave. También el artículo 43, que define el "elemento psicológico" del delito, deja abierta la cuestión de si equipara la preterintencionalidad a "que va más allá de la intención" y la define como "resultado perjudicial o peligroso que es producido mediante una acción u omisión y que resulta más grave de lo que el autor pretendía".[14] En consecuencia, la preterintencionalidad se transcribe sólo objetivamente y se traduce literalmente en un concepto. Desde luego, la cláusula "más allá de la intención" comprende todo resultado que no se extrae de la propia voluntad, es decir, que no se quiso porque fue causado con dolo eventual, de forma imprudente o sencillamente de modo objetivo.

[11] Los artículos sin indicación en este párrafo son los del Codice Penale.

[12] Traducción de Riz/Bosch, *Italienisches Strafgesetzbuch/Codice Penale Italiano*, 1995.

[13] El art. 18, párrafo 1, de la Ley 194 castiga el aborto sin consentimiento de la embarazada; el párrafo 4 agrava la pena cuando "*dai fatti previsti... deriva la morte della donna...*".

[14] Traducción de Riz/Bosch, *supra*, nota 12.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Ahora bien, el tenor literal y la sistemática de los artículos 42 y siguientes parece que pueden, como mínimo, impedir la posibilidad de equiparar la preterintencionalidad y la responsabilidad objetiva sin ulteriores consecuencias. Dado que ésta se define separadamente en el artículo 42.3, donde se menciona que la ley determina las hipótesis en las que el resultado se imputa al autor como consecuencia de su acción u omisión en casos como los mencionados (*altrimenti*), es decir, cuando no fueran provocados ni dolosa ni imprudente o preterintencionalmente.[15] También la ubicación sistemática de la preterintencionalidad en el artículo 43, entre el dolo y la imprudencia, apunta a la posibilidad de que la preterintencionalidad se sitúe en algún lugar entre el dolo y la imprudencia, aun cuando, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, no pueda considerarse una tercera forma de culpabilidad (*tertium non datur*).[16]

Mantovani se ha esforzado, respecto a la localización de la preterintencionalidad en el artículo 43, en delimitar el delito preterintencional como pura responsabilidad objetiva en el sentido del artículo 42.3.[17] Este autor concibe los delitos preterintencionales como combinación de dolo e imprudencia, en la línea de la teoría del *dolo misto a colpa*, porque, según su interpretación, aparte del dolo y la imprudencia no existe una tercera forma de culpabilidad.[18]

La responsabilidad por el resultado más grave producido presupone, de acuerdo con eso, imprudencia en el sentido de la posibilidad objetiva o subjetiva de prever estas consecuencias. Esta concepción será designada aquí *subjetivista*. Se opone a ella la llamada *objetivista*, que mantiene que el CP no prevé la causación imprudente de consecuencias graves, sino que contempla más bien la preterintención como un caso de responsabilidad objetiva basada en el principio *versar*.[19] Para la doctrina mayoritaria esto se deriva del hecho de que el legislador haya previsto expresamente con la figura

[15] A este respecto, disiento de Riz/Bosch, quienes traducen *altrimenti* como "de otro modo".

[16] Véase Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., 2001, p. 270; Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., 2003, p. 335; Antolisei/Conti, *Istituzioni di Diritto penale*, 2000, pp. 211 y ss.

[17] Mantovani, *supra*, nota 16, pp. 370 y ss.

[18] Véase Crespi/Stella/Zuccalà, *Comentario breve al Codice Penale*, 7ª ed., 2004, art. 43, pp. 202 y ss.

[19] Ibíd., pp. 170 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

del *aberratio delicti* una responsabilidad por imprudencia: según el artículo 83 CP una persona es responsable por resultados no queridos a título de imprudencia (*a titolo di colpa*) cuando sea consecuencia de un error en el uso del medio de comisión o por otro motivo y el hecho esté penado como delito imprudente por la ley. El caso típico lo configura el artículo 586, según el cual el autor de la muerte no deseada o la lesión involuntaria de la víctima responderá por imprudencia. Por tanto, mientras el legislador ha previsto en los casos de *aberratio delicti* requisitos de imprudencia, en el homicidio preterintencional, prescinde de ello y deja claro que en este supuesto la imprudencia es superflua (*ubi lex non dixit, noluit*).

Dentro de la concepción *objetivista* dominante del *dolo misto a responsabilità oggettiva/obiettiva*, se puede diferenciar entre las llamadas forma pura y la moderada. Los *objetivistas puros* sólo ven en la preterintención otra forma de responsabilidad *versari*, en contraste con la responsabilidad por el resultado del 42.3. Para los *objetivistas moderados*, la preterintencionalidad es, en realidad, un caso de responsabilidad objetiva; sin embargo, ofrecen una argumentación que diferencia la preterintencionalidad de la responsabilidad objetiva pura en el sentido del art. 42.3. Para ello, emplean el concepto de riesgo o una concepción de imprudencia objetiva.

Padovani –como representante de los objetivistas puros– diferencia entre la preterintencionalidad y la responsabilidad objetiva a través del principio de indiferencia y de distinción:[20] la responsabilidad pura por el resultado del artículo 42.3 se basa en el principio de indiferencia (*principio di indifferenza*), en virtud del cual a efectos de responsabilidad objetiva es totalmente indiferente si el autor quiso la producción del resultado o no; se castiga al autor en cada caso según el correspondiente delito que la responsabilidad por el resultado dispone. A diferencia de esto, la preterintencionalidad del artículo 42.2 exige que las graves consecuencias no fueran queridas por el autor, pues de lo contrario se aplicaría el correspondiente delito doloso; se trata entonces de una responsabilidad objetiva sobre la base del principio de distinción (*principio di distinzione*) entre la producción de un resultado querido o no querido; sólo en este caso se suscita una responsabilidad derivada del delito preterintencional. Por ejemplo: A causa a B una lesión y acepta su muerte como una posibilidad; siguiendo esta teoría, no

[20] Padovani, *Diritto penale*, 7ª ed., 2004, pp. 203 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se trataría de un resultado (totalmente) no deseado, de modo que sería punible a través de homicidio doloso, pero no a través de homicidio preterintencional del art. 584. Según esta concepción, la preterintencionalidad corresponde, entonces, a la teoría de la exclusividad alemana, ya que sólo comprende conductas imprudentes. Con todo, no está tan claro que, tanto con el criterio de indiferencia como con el de distinción, se trate de responsabilidad objetiva por el resultado, a pesar de la diferencia respecto a la voluntad del autor.[21]

Frente a esta postura, Pagliaro –como representante del objetivismo moderado que emplea el criterio del riesgo– es de la opinión de que incluso la responsabilidad objetiva del 42.3 CP no corresponde a la responsabilidad objetiva por el resultado en sentido estricto, es decir, una responsabilidad que se base en la relación causal estricta entre la acción del autor y el resultado, sino una responsabilidad basada en un concepto de culpabilidad normativo: el reproche de culpabilidad en el sentido de la reprochabilidad se basa, entonces, en el hecho de que el autor haya asumido un riesgo "totalmente" prohibido a través de la violación de una disposición penal y de que el resultado grave sea, por ello, objetivamente previsible y evitable (*responsabilità obiettiva come responsabilità da rischio totalmente illecito*).[22]

En esta línea, aunque por supuesto con otra terminología, Canestrari desarrolló la concepción de la culpa genérica objetivizada (*colpa genérica oggettivizzata*).[23] Este autor se basa igualmente en la violación de una norma de cuidado mediante la comisión del delito principal en un contexto ilícito, por tanto quiere diferenciar la imprudencia objetiva de la subjetiva: el delito preterintencional comprende la violación de una regla de diligencia objetiva cuya meta es la evitación del riesgo en el que se incurre a través de la producción de la consecuencia y que, en la medida en que la evitación es el antecedente, se mueve en el marco de un contexto de peligro prohibido; se trata, desde el punto de vista de la estructura del tipo, de un delito doloso y un resultado objetivamente impru-

[21] Por todos, Fiandaca/Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., 2001, pp. 598 y ss.; objetivista puro también Marinucci/Dolcini, *Corso di diritto penale* 1, 4ª ed., 2004, pp. 587 y ss.

[22] Pagliaro, *supra*, nota 16, pp. 330 y ss.

[23] Canestrari, Preterintenzione, en *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IX, 1995, pp. 694 y ss. (716 y ss., 725); del mismo, *L'illecito penale preterintenzionale*, 1989.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dente, cuyo advenimiento es objetivamente previsible a causa del delito principal. Éste corresponde en este caso al concepto objetivo de imprudencia, que también sirvió de base a la *culpa dolo determinata* de Feuerbach.[24]

Resumiendo, podría afirmarse que la preterintencionalidad en la doctrina italiana puede ser entendida de tres formas, a saber, como combinación de un delito doloso con un resultado grave causado de manera puramente objetiva, mediante imprudencia objetiva o imprudencia subjetiva. Según esto, en el conocido caso del hemofílico, el que le lesione y cause su muerte será responsable de un delito de homicidio según la teoría objetiva pura. Según el objetivismo moderado, el resultado no sería muy distinto; se justificaría en el riesgo no permitido creado por la lesión del deber de cuidado y de ahí se derivaría a una previsibilidad objetiva y a una evitabilidad en el sentido de una imprudencia objetiva. Sólo para los subjetivistas, que constituyen una minoría, sería necesario además que el autor conociera la condición de hemofílico de la víctima, para alcanzar un reproche de culpabilidad.

2. ¿Dónde se sitúan las fronteras constitucionales?

El objetivismo moderado que, dicho sea de paso, se sirve de la doctrina alemana de la imputación objetiva para la limitación de la responsabilidad preterintencional[25] –al contrario que el objetivismo puro– es absolutamente consciente de la problemática constitucional que la preterintencionalidad suscita en atención al principio de culpabilidad y, aunque se esfuerza por ello en justificar la *lex lata*, defiende que no existe infracción del artículo 27 de la Constitución italiana, que determina el principio de la responsabilidad "personal".[26] Desde luego, la interpretación del artículo 27 es muy controvertida.[27]

Una concepción restrictiva ha defendido que el artículo 27 diferencia solamente entre la responsabilidad por los hechos propios,

[24] Véase *supra*, nota 6; así como Jescheck, *supra*, nota 7, pp. 249 y ss.
[25] Véase Canestrari, *supra*, nota 23, pp. 704 y ss.
[26] Art. 27.1: "*La responsabilità penale è personale*".
[27] Véase el punto de vista de Pagliaro, *supra*, nota 16, pp. 319 y 320.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la responsabilidad por la conducta de un tercero (*responsabilità per fatto altrui*) y el caso fortuito (*caso fortuito*), pero que no pretende prohibir una responsabilidad objetiva por el resultado. Esta opinión se basa en el texto de los artículos 42 a 45, ya que, mientras el artículo 45 descarta una responsabilidad por caso fortuito, el artículo 42.3 presupone en cambio una responsabilidad objetiva por el resultado, de modo que entre estas formas de responsabilidad existe una diferencia.

Por su parte, una interpretación *extensiva* o *progresiva* del artículo 27 lo equipara al principio de culpabilidad, afirmando que, en todo caso, una responsabilidad objetiva por el resultado en el sentido del art. 42.2 y 3 es inconstitucional. Los objetivistas moderados han instituido un término medio, configurando el principio de culpabilidad en el sentido del artículo 27 como principio de reprochabilidad normativa, o sea, como un concepto de culpabilidad normativo, que no procede de la relación psicológica entre la conducta del autor y el resultado.[28] Desde luego, también aquí debe distinguirse entre quienes defienden la responsabilidad objetiva prevista en el derecho italiano en contra los principios constitucionales y quienes mantienen que es necesaria una interpretación "racional" de la *lex lata*, sin querer por ello excluir propuestas de política criminal *de lege ferenda*.[29]

El Tribunal Constitucional, en una sentencia fundamental a la par que salomónica de 24 de marzo de 1988,[30] estableció que el artículo 27 debe ser interpretado como principio de culpabilidad[31] y por eso requiere la "imprudencia del agente" (*colpa dell'agente*) en atención a los "elementos más significativos del tipo" (*elementi più significativi della fattispecie típica*);[32] sin embargo, continúa el Tribu-

[28] Pagliaro, *supra*, nota 16, pp. 321 y ss.
[29] Véase Canestrari, quien aboga por la supresión de los delitos preterintencionales, pero defiende la necesidad de una interpretación de la ley en función del derecho positivo en vigor (Canestrari, *supra*, nota 23, p. 719).
[30] Corte Constituzionale, Decisión della Corte Nº 364, pp. 1504 y ss.
[31] Ibíd., pp. 1512 y ss. (número 8), 1513 y ss.: "*Il principio di colpevolezza è... indispensabile... rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate... quando il soggetto foie chiamato a rispondere di fatti che non può, communque, impedire od in relazione al quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa...*".
[32] Ibíd., pp. 1517, número 11.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nal, el artículo 27 no debe prohibir de forma absoluta la responsabilidad objetiva.[33]

Teniendo en cuenta estas dos afirmaciones, que a primera vista resultan contradictorias, sólo pueden interpretarse en el sentido de que, en realidad, la responsabilidad objetiva no es contraria al Derecho constitucional cuando versa sobre elementos del tipo "no significativos", es decir, no constitutivos del tipo de injusto. Para los restantes se exigiría desde el punto de vista constitucional, como mínimo, una conducta imprudente.

Ahora bien, cuando se producen consecuencias graves derivadas de un delito preterintencional, esto comporta un injusto adicional que justifica una punición más severa[34] y que por tanto representa un elemento del tipo constitutivo de injusto, de modo que se debe deducir la exigencia constitucional de que el autor haya actuado, como mínimo, con imprudencia. Como consecuencia, una comisión de reforma del Ministerio de Justicia establecida el 1 de octubre de 1998 dispuso la derogación de las disposiciones referentes a preterintención, responsabilidad objetiva en sentido estricto y *aberratio delicti*.[35]

Merece la pena señalar aunque sea brevemente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) concibe el principio de culpabilidad de forma tan estrecha como la denominada "interpretación restrictiva", esto es, como correlato del principio de presunción de inocencia procesal del art. 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH): un sector entiende esto como responsabilidad personal (por ejemplo, de los herederos) que descarta la responsabilidad por la conducta de un tercero (testador).[36] Otro sector lo concibe como un requerimiento a los Estados parte de limitar "racionalmente" el reconocimiento admisible

[33] *Ibíd.*, pp. 1519, número 12: "...non contiene un tassativo divieto di "responsabilità oggettiva'".

[34] Véase Canestrari, *supra*, nota 23, p. 705, en referencia al estado de la discusión en Alemania.

[35] Véase Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice Penale, Progetto preliminare di Riforma del Codice Penale Parte Generale, Relazione, B. 2.3. Colpevolezza www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/comm_grosso2.htm.

[36] *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland*, Judgement 29.8.1997, *RJD* 17 (1997-V S. 1477), pará. 44 ff.(48); *E.L., R.L. and J.O.-L. v. Switzerland*, Judgement 29.8.1997, RJD 17 (1997-V S. 1509), pará. 49 ff. (53): *"It is a fundamental rule of criminal law that criminal liability does not survive the person who has committed the criminal act"*.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de la responsabilidad objetiva[37] en el derecho penal nacional y el empleo de presunciones fácticas y jurídicas,[38] teniendo en cuenta, ante todo, los derechos de defensa.[39] Además, el Tribunal no examina la compatibilidad abstracta de las disposiciones penales objetivas con la CEDH, sino sólo si su concreta aplicación judicial constituye una infracción del art. 6.2 CEDH.[40]

3. PRETERINTENCIONALIDAD Y CUALIFICACIÓN POR EL RESULTADO

Otra cuestión muy importante para el derecho alemán reside en cómo se comportan los delitos preterintencionales respecto a los delitos cualificados por el resultado. En este aspecto, la situación jurídica en Alemania antes de la implantación del § 56 del Strafgesetzbuch (StGB, en adelante) en su antigua versión (§ 8 StGB en su nueva versión) en 1953[41] parece servir de base, según la doctrina mayoritaria, a la concepción de la preterintencionalidad en el derecho italiano. Por consiguiente, la preterintencionalidad parece corresponder a la cualificación por el resultado, ya que en ambos casos un tipo básico doloso causa una consecuencia grave no querida. Se entiende entonces la cualificación por el resultado en el sentido de responsabilidad objetiva. Por desgracia, la teoría italiana no es tan fácil, ya que diferencia entre dos tipos de delitos cualificados por el resultado: en unos es indiferente si el resultado grave es querido o no por el autor; en los otros, sí interesa, porque la causación voluntaria del resultado constituirá un delito doloso independiente.[42]

[37] Salabiaku v. France, Judgement (merits) 7.10.1988, Serie A Tomo141 A, pará. 26 ff (27): *"...the contracting states may... penalise a simple or objective fact as such, irrespective of wether it results from criminal intent or form negligence"*. Confirmado en *Pham Hoang v. France*, Judgement (merits) 25.9.1992, Serie A, tomo 243, pará. 32 ff. En contra de ambas resoluciones estaban los artículos 392 (1) y 369 (2), 373 y 399 de la ley de aduanas francesa.

[38] *Salabiaku v. France, supra*, nota 37, párrafo 28: *"Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle"*.

[39] *Salabiaku v. France, supra*, nota 37, párrafo 28: *"It (Art. 6[2] EMRK, Verf.) requires States to confine them (presumptions of fact or law) within responsible limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence"*.

[40] *Salabiaku v. France, supra*, nota 37, párrafo 30.

[41] Véase Rengier, *supra*, nota 3, p. 60.

[42] Véase sobre esta conocida diferenciación, Mantovani, *supra*, nota 16, pp. 406 y ss.; Padovani, *supra*, nota 20, p. 207; Fiandaca/Musco, *supra*, nota 21, pp. 601 y ss.; Antolisei/Conti, *supra*, nota 16, 213 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Al primer grupo pertenecen delitos como la denuncia falsa (art. 368) o el falso testimonio y la estafa procesal (arts. 372 y siguientes, art. 375), que se distinguen en que el resultado grave no tiene, desde el punto de vista del tipo, un carácter independiente. Así ocurre en el caso de la denuncia falsa, donde el resultado sólo afecta a la pena que oscila entre privación de libertad de 5 años y la cadena perpetua.[43] Al segundo grupo pertenecen principalmente los delitos cualificados por el resultado de muerte, como los malos tratos en la familia o a niños (art. 572) o el abandono de menores o personas desamparadas (art. 591). Se trata de delitos en los que la producción del resultado grave constituye un tipo penal independiente, de forma que la comisión dolosa conduciría a la punibilidad de ese tipo doloso.

En el primer grupo, la responsabilidad por el resultado grave es independiente de la voluntad del autor y se trata de un caso de responsabilidad objetiva del art. 42.3 CP en la línea del principio de la indiferencia, desarrollado por *Padovani* para distinguir preterintencionalidad y responsabilidad objetiva.[44] Desde el punto de vista material se puede entender la circunstancia agravante como condición objetiva de punibilidad. Por el contrario, los delitos del segundo grupo, denominados delitos dolosos cualificados por el resultado no querido "necesariamente" (*delitti dolosi aggravati dall'evento "necesariamente" non voluto*), corresponden a la preterintencionalidad y se basan en el principio de distinción.[45]

Con ello, las vigentes teorías de la preterintencionalidad encuentran aplicación también en estos delitos; de acuerdo con la doctrina mayoritaria éstos también se consideran casos de responsabilidad objetiva en cuanto al resultado. Quien, con la actual situación jurídica, ve en este punto una infracción del principio de culpabilidad, sólo puede solventarlo abogando por que los delitos cualificados por el resultado no querido "necesariamente" no

[43] Según el art. 368 (3) el autor, es decir el falso denunciante, será castigado con una pena de 4 a 12 años, cuando el hecho, es decir, la denuncia falsa, tuviera por consecuencia una sentencia de pena de prisión de más de 5 años o de cadena perpetua.

[44] Véase el texto, *supra*, nota 20.

[45] Véase Canestrari, *supra*, nota 23, pp. 699 y ss.; Padovani, *supra*, nota 20, p. 208; Mantovani, *supra*, nota 16, pp. 406 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sean interpretados como tales, sino como meras circunstancias agravantes. En consecuencia, el autor debe haber procedido, como mínimo, con imprudencia, según lo establecido en el artículo 59.2 CP acerca de la agravante.[46]

Sin embargo, esta equiparación entre cualificación por el resultado y agravante es rechazada incluso por los subjetivistas. El argumento decisivo pertenece a *Mantovani*: una equiparación sometería a estos delitos a los principios del artículo 69 CP (concurso de circunstancias agravantes y atenuantes), lo que provocaría que el resultado grave, como la muerte de la víctima, se compensara con una atenuante y de este modo podría ser contrarrestado.[47] Como resultado, el contenido de injusto especial de los delitos cualificados por el resultado se convertiría así en una mera circunstancia a considerar en el marco de la determinación de la pena. Lo cual implica que los delitos cualificados por el resultado no querido "necesariamente" representarían tipos autónomos que corresponderían por su estructura a los delitos preterintencionales. Estos casos, según la actual situación jurídica en Italia, son, junto al homicidio preterintencional y el aborto con resultado de muerte, supuestos de responsabilidad objetiva.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA

El derecho español estuvo muy influido por el derecho italiano[48] y no que hasta 1983 el legislador español se alejó lentamente de la influencia italiana.[49] Pueden diferenciarse tres fases distintas.

[46] Al respecto, Fiandaca/Musco, *supra*, nota 21, pp. 603-604.

[47] Véase Mantovani, *supra*, nota 16, p. 408.

[48] Véase Peris Riera, *supra*, nota 1, pp. 39 y ss., 49, 298.

[49] Sobre la regulación de la preterintencionalidad en el CP de 1848, véase Cardenal Murillo, *La responsabilidad por el resultado en derecho penal*, 1990, pp. 227 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1. Hasta la reforma de 1983

Hasta 1983 existían en el Código Penal español (CP) tres disposiciones relativas a la preterintencionalidad,[50] que, de acuerdo con la teoría clásica de *Silvela,* se distinguían por el hecho de que el resultado causado por el autor fuera distinto o *más grave* del que el autor quería causar.[51]

La responsabilidad por un resultado *distinto,* también llamada *preterintencionalidad heterogénea,*[52] se basaba en el art. 1° párrafo III y art. 50 del CP en vigor hasta 1983.[53] Los diferentes tipos de delitos se determinaban de acuerdo con los diferentes bienes jurídicos del delito básico y el resultado, con lo cual surgía un *concurso* de delitos: si el autor quería cometer una lesión, pero, de hecho, causaba la muerte de la víctima, según el artículo 150 CP de la antigua versión, se castigaba como una lesión dolosa combinada con homicidio (imprudente), aplicando los marcos penales del límite máximo establecido para la lesión corporal simple o grave.[54] Si, en este caso, faltara también el dolo de lesionar, se le condenaría por homicidio imprudente.[55] Por tanto, la diferencia entre delito básico y la consecuencia puede deberse al hecho de que el resultado sobrevenido se desviara considerablemente del querido. Por ejemplo: una pedrada en un escaparate mata a la persona que se encuentra detrás de éste. También este caso se sancionaría conforme a las reglas de solución de concurso de delitos.

Con respecto a la responsabilidad por el resultado *más grave –preterintencionalidad homogénea*[56]– el punto de partida legal se encontraba en el artículo 9.4 del CP.[57] Existía causa de atenuación cuando el autor quería cometer un delito menos grave del que de hecho cometió. Se trata, por tanto, de casos en los que el autor lesiona el mismo bien jurídico, pero el resultado es más grave del que proyectaba cometer. Por ejemplo: en lugar de una lesión leve, el autor comete, sin querer, una lesión grave. Se le condenaba, entonces, por un delito doloso, pero atenuando la pena.

Desde luego, la jurisprudencia también ha empleado la disposición del art. 9 N° 4 para castigar los casos de preterintencionalidad heterogénea como delito doloso atenuado. Por lo tanto, en vez de utilizar, en el caso de lesión, las reglas de concurso del art. 1°, párrafo III combinado con el art. 50 señaladas antes para la lesión con resultado de muerte, se condenaba al autor por *homicidio doloso atenuado.*[58] Con motivo de esta práctica, se originó en España el concepto de *homicidio (doloso) preterintencional.*

En el caso de una desviación demasiado grande entre el resultado previsto en el delito básico y el producido realmente, aún cabía la posibilidad de castigar por el resultado a título imprudente.[59]

[50] Acerca del antiguo art. 8°, N° 8, que descarta la responsabilidad por caso fortuito sólo con ocasión de una acción precedente permitida ("en ocasión... de un acto ilícito") y que más tarde sería sustituido por el art. 6° bis, véase Maqueda Abreu, *Cuadernos de Política Criminal (CPC),* 1987, 201, 231 y ss.; Cerezo, *Problemas, supra,* nota 3, pp. 62 y ss.; el mismo, *Estudios, supra,* nota 3, p. 86; Suárez Montes, *CPC,* 1993, pp. 95 y ss.; acerca de su origen histórico, Cardenal Murillo, *supra,* nota 49, pp. 162 y ss., 301 y ss.

[51] Véase acerca de Silvela en Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad,* 1966, pp. 204 y ss.; Cardenal Murillo, *supra,* nota 49, pp. 108 y ss.; también Cerezo, *Problemas, supra,* nota 3, p. 61. En contra de este punto de vista Bacigalupo, *Principios de derecho penal. Parte general,* 3ª ed., 1994, p. 253 (la 4ª ed. omite este tema).

[52] Sobre este asunto Moscoso del Prado y Muñoz/Ruiz de Erenchun, Código Penal, 1976, pp. 19 y ss.; Maqueda Abreu, *CPC,* 1987, pp. 205 y ss.; Cardenal Murillo, *supra,* nota 49, pp. 375 y ss.; también, Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general I,* 1996, p. 538.

[53] Según el artículo 1, párrafo III, en su antigua versión sólo se puede castigar a quien comete a propósito un delito grave o menos grave, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar. Según el artículo 50, en su antigua versión se aplicará la pena más alta del delito menos grave. Sobre el origen del artículo 1, párrafo III, en su antigua versión, que originariamente servía de solución para los supuestos de *error in persona* y *aberratio ictus,* véase Cardenal Murillo, *supra,* nota 49, pp. 243 y ss., 349 y ss.; Cerezo, *Problemas, supra,* nota 3, pp. 65 y ss.; Maqueda Abreu, *CPC,* 1987, pp. 194 y ss.

[54] Véase Cerezo, *Estudios, supra,* nota 3, p. 87.

[55] Véase Moscoso del Prado y Muñoz/Ruiz de Erenchun, *supra,* nota 52, p. 108.

[56] Sobre este asunto, Maqueda Abreu, *CPC,* 1987, p. 202 y ss.; Cardenal Murillo, *supra,* nota 49, pp. 364 y ss.; también, Luzón Peña, *supra,* nota 52, p. 538.

[57] Art. 9°, N° 4: "La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad".

[58] Véase Gimbernat, *supra,* nota 51, pp. 203 y ss.; Cerezo, *Problemas, supra,* nota 3, pp. 61 y ss.; Cardenal Murillo, *supra,* nota 49, pp. 345 y ss.; Luzón Peña, *supra,* nota 52, p. 539.

[59] Véase Cardenal Murillo, *supra,* nota 49, pp. 347 y ss.; Moscoso del Prado y Muñoz/Ruiz de Erenchun, *supra,* nota 52, pp. 20, 112. Acerca de la problemática delimitación entre supuestos de preterintencionalidad y "desviación" véase Peris Riera, *supra,* nota 1, pp. 58 y ss. (63).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

La doctrina no sólo sostenía la incompatibilidad de esta tendencia con el principio de culpabilidad,[60] sino también la contradicción existente en la aplicación de la atenuante como solución, porque el Tribunal Supremo (TS, en adelante) para fundamentar la punibilidad de un delito doloso debía, por una parte, presuponer el dolo (del homicidio), el cual, por otra parte, debía ser rechazado en aplicación del art. 9.4.[61] De hecho, la jurisprudencia admitió también la diferenciación entre preterintencionalidad homogénea y heterogénea y criticó esto, recurriendo al art. 9.4 para la imposición de una pena adecuada a la culpa.[62]

2. Hasta la reforma de 1995

Con la reforma del CP llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se derogaron las disposiciones relativas a la preterintencionalidad heterogénea; sin embargo, se conservó la atenuante del art. 9.4ª CP.[63] Como novedad, se introdujo en el art. 1°, párrafo II, el principio de responsabilidad subjetiva a través de la fórmula "no hay pena sin dolo o culpa".[64] Desde luego, esta cláusula recoge el principio de culpabilidad en atención a su contenido material, pero, especialmente, a su contenido normativo.[65]

[60] Por todos, Cerezo, *Problemas*, *supra*, nota 3, p. 60, 73, 90 y ss., 103.

[61] Véase Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, pp. 198 y ss., 212; Cerezo, *Estudios*, *supra*, nota 3, p. 87; Suárez Montes, *CPC*, 1993, p. 100; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., 2004, pp. 293 y ss.; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, pp. 546 y ss., en *supra*, nota 44.

[62] Véase Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, pp. 205 y ss.

[63] Véase acerca de la reforma llevada a cabo con esta ley, Peris Riera, *supra*, nota 1, pp. 130 y ss.; también, Cerezo, *Estudios*, *supra*, nota 3, pp. 83 y ss.; Suárez Montes, en Cobo del Rosal (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, arts. 1 a 18, 1999, pp. 168 y ss.

[64] Art. 1, párrafo II: "No hay pena sin dolo o culpa"; al respecto véase Gomez de Liaño *et al.*, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, 2ª ed., 1984, p. 22; Cerezo, *Estudios*, *supra*, nota 3, p. 84.

[65] Véase la crítica correspondiente en la doctrina, Cerezo, *Derecho Penal. Parte general. Lecciones*, 2ª ed., 2000, pp. 15 y ss.; Vives Antón, en Vives Antón (Coord.), *Comentarios al CP de 1995*, tomo II, 1996, p. 60; Cobo/Vives, *supra*, nota 61, pp. 545 y ss.; Suárez Montes habla de "*referibilidad* subjetiva personal individualizada" (Suárez Montes, *supra*, nota 63, pp. 174 y ss.); Luzón Peña habla de "principio de responsabilidad subjetiva" (Luzón Peña, *supra*, nota 52, pp. 535 y ss.); a comparar con el mismo, *Observaciones sobre culpabilidad y pena en el CP de 1995*, en Cerezo *et al.* (Coord.), *Libro homenaje a Torío López*, 1999, pp. 162 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Además, se incorporó literalmente en el artículo 1°, inciso segundo, párrafo II,[66] la solución alemana en vigor para los delitos cualificados por el resultado, como el aborto con resultado de muerte (art. 411 en su antigua versión) o el abandono de niños con resultado de muerte (art. 488 en su antigua versión).[67]

Finalmente, fue introducido el art. 6° bis b), que excluía por principio la responsabilidad por caso fortuito,[68] independientemente de la licitud de la conducta precedente.[69] Sin embargo, esta disposición correspondiente al art. 45 CP, en contraposición a esto, ha sido interpretada desde siempre por la doctrina española como equivalente del art. 1°, párrafo II, y como confirmación del principio de responsabilidad subjetiva. De acuerdo con esto, se puede suponer el caso fortuito ante la falta de dolo o imprudencia sin mayores problemas.[70] Esto en realidad significa que en el artículo 1°, párrafo II, todo lo esencial está recogido.[71]

Su carácter inequívoco se relativiza con la conservación del artículo 9.4 CP como expresión del principio de preterintencionalidad homogénea y la introducción del §18 StGB en el art. 1°, párrafo III. La expresión "versarismo atenuado" se empezó a utilizar a partir de ese momento.[72] Lo que inicia el art. 9.4, o lo que, en general, se temía que iniciara, era que el Tribunal Supremo ahora –en consonancia con su antigua práctica– solucionara así todos los supuestos de preterintencionalidad heterogénea –especialmente los de causación imprudente de muerte por una lesión– y, por consiguiente, los castigara como un delito doloso atenuado.[73]

[66] Art. 1°, párrafo III, en su antigua versión: "Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa".

[67] Véase Suárez Montes, *CPC*, 1993, pp. 97 y ss.; también, Gómez Benítez, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1988, pp. 88 y ss.

[68] Art. 6° bis b): "Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará caso fortuito y no será punible".

[69] Para el antiguo art. 8°, N° 8, véase *supra*, nota 50.

[70] Véase Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, pp. 234 y ss.

[71] Ibíd., 194.

[72] Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, p. 490.

[73] Véase Huerta Tocildo, *La Ley* 1984-4, p. 198; Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, p. 208; Cerezo, *Estudios*, *supra*, nota 3, p. 89.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En realidad, estos temores se mostraron infundados[74] y el propio Tribunal Supremo acabó con la preterintencionalidad en su antigua forma[75] mediante una sentencia fundamental de 28 de marzo de 1984.[76] Con esta decisión, que tenía por objeto una disputa matrimonial con resultado de muerte de la mujer, el Tribunal modificó[77] su opinión anterior,[78] según la cual la preterintencionalidad se concebía como una tercera forma de culpabilidad, y caracterizó el delito preterintencional como combinación de dolo e imprudencia en la línea del nuevo art. 1°, párrafo III.[79] En los casos de preterintencionalidad heterogénea sólo podía aplicarse la solución del concurso,[80] con lo cual aquel caso concreto sería considerado como un concurso de lesiones dolosas y homicidio imprudente.[81]

El Tribunal Supremo confirmó esta opinión más tarde, en el caso de un golpe con la palma de la mano en el cuello de la víctima, que, como consecuencia del golpe, murió en el acto.[82] Prescindiendo del aspecto menos convincente de la sentencia en cuanto al tipo de concurso –si se trataba en ambos casos de una sola conducta o si se trataba en el primer caso de una unidad de acción natural o típica, mientras en el segundo de una acción en sentido natural– esta teoría ha sido, en general, celebrada.[83] Por supuesto, con ello no quedaban resueltos todos los problemas, sobre todo aquellos de interpretación y determinación de la pena a través del art. 1° párrafo III, CP.

[74] Maqueda Abreu reconoce un "cambio de mentalidad" también en el juez (Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, p. 209); también Cerezo conviene en la gran "sensibilidad" del TS en esta materia (Cerezo, *Estudios, supra*, nota 3, p. 90).

[75] Véase el título del comentario de Huerta Tocildo a esta sentencia: "Adiós al homicidio preterintencional", *La Ley*, 4, 1984, pp. 191 y ss.

[76] Huerta Tocildo, *La Ley*, 4, 1984, pp. 191 y ss.

[77] TS, *supra*, nota 75, p. 195; igualmente, Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 533.

[78] Al respecto, Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, p. 198.

[79] TS, *supra*, nota 75, pp. 191, 194 y 199.

[80] Ibíd, pp. 191 y 198.

[81] Ibíd, pp. 200 y ss.

[82] STS 696/1997 de 19 de mayo; véase también la Sentencia 866/2000, de 23 de mayo.

[83] Véase, a propósito de la mencionada sentencia, Huerta Tocildo, *La Ley*, 1984-4, pp. 191 y ss. (197, 202); Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, pp. 212 y ss. (217); Cerezo, *Estudios, supra*, nota 3, p. 90; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Manual de Derecho Penal. Parte general.*, 4ª ed., p. 375; sobre el concurso ideal, también, Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 542.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

En España la cuestión se planteó como en Alemania, es decir, en términos de cómo podía entenderse la fórmula "al menos, por culpa". Una parte de la doctrina propuso una interpretación literal –de conformidad con la doctrina mayoritaria alemana–,[84] de forma que también fueran imputadas aquellas consecuencias que estuvieran en los marcos de cualificación por el resultado y que fueran causadas dolosamente.[85] Esto significaba, por una parte, que la causación imprudente de consecuencias sería equiparada a las dolosas[86] y, por otra, que el autor que actuaba con dolo sería privilegiado: se castigaría más levemente el caso de aborto con resultado de muerte, donde la muerte de la embarazada fuera llevada a cabo dolosamente en virtud de la aceptación de la cualificación del resultado (art. 411), que un concurso entre la muerte dolosa y un aborto; frente a eso, se castigaría al autor que actuara imprudentemente, en la hipótesis de la cualificación por el resultado, de manera más severa que en el caso de concurso.[87]

Según el párrafo 1° del art. 411 del CP de 1973, el aborto con resultado de muerte causado dolosa o imprudentemente se castigaba siempre con *reclusión menor*, lo que suponía una pena privativa de libertad *de 12 a 20 años* (arts. 30, 62 CP en su antigua versión). En caso de concurso ideal entre el delito básico de aborto y el ho-

[84] Hruschka mantiene una interpretación extensiva en el caso de lesión con resultado de muerte (Hruschka, *GA*, 1967, pp. 42 y ss.); véase también LK-Schroeder, StGB, 11ª ed., 1994, §18, Rn 25; Sowada, *Jura* 1995, pp. 645 y ss.; *NK*-Paeffgen, 1997, §18, marginal 85 y ss., §226 marginal 30; Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl.2001, §18, marginal3; Ferschl, *supra*, nota 3, pp. 192 y ss. (194 y ss.); también Bussmann, *GA* 1999, 21 y Küpper ofrece referencias acerca de la decisión del legislador de optar por la teoría del concurso a través de la introducción de la fórmula "al menos por imprudencia temeraria" en el art. 6° StrRG (sobre esto BTDrS 13/9064, pp. 11 y ss.) [Küpper, *ZStW* 111 (1999), 800]; también Kühl, en Roxin/Widmaier (Coord.), *Festgabe BGH*, 2000, tomo IV, p. 242. Para una restricción de la imprudencia (teoría de la exclusividad) véase Rengier, *supra*, nota 3, pp. 115 y ss.; críticas al respecto, en Paeffgen, *JZ*, 1989, pp. 222 y ss.

[85] Así, Díez-Ripollés que recomendaba la supresión del "al menos" y así solo contempla la combinación de dolo-imprudencia como cualificación por el resultado (Díez-Ripollés, *ADPCP*, 1982, pp. 629 y ss.); de acuerdo, Cerezo, *Estudios, supra*, nota 3, pp. 92 y ss.; en contra, con argumentos teleológicos, sistemáticos y de política criminal, Gómez Benítez, *supra*, nota 67, pp. 110 y ss.

[86] Críticas al respecto también en Bustos/Hormazábal, *supra*, nota 83, p. 373; en general, Cardenal Murillo, *supra*, nota 49, pp. 385 y ss.

[87] Véase Cerezo, *Estudios, supra*, nota 3, p. 95; también Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 550; Hormazábal, *JpD*, N° 29 (julio 1997), p. 54; Suárez Montes, *supra*, nota 63, p. 171.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

micidio *doloso*, de acuerdo con el artículo 71, párrafo II, del CP de 1973, se tomaban en consideración los marcos penales del delito más grave "en su grado máximo", es decir, los del homicidio doloso. Se admitía el llamado principio de exasperación o de "absorción agravada", según el cual la pena del delito más grave se aumentaba en un grado.[88] Igualmente, según el artículo 407 CP de 1973, el homicidio doloso se castigaba con *reclusión menor*, pero por efecto del concurso ideal se habría de castigar en su grado máximo, es decir, con una pena de *17 años y 4 meses a 20 años*, de forma que una condena por cualificación del resultado sería más ventajosa para el autor.

Ante la causación imprudente de la muerte, ocurre a la inversa. Al respecto, se podían diferenciar cuatro variantes: concurso ideal entre aborto doloso sin consentimiento de la embarazada y homicidio por imprudencia grave (arts. 411 N° 1, 565, 71 párrafo II); aborto sin consentimiento y homicidio por imprudencia leve (arts. 411 N° 1, 568 bis, 71 párrafo II); aborto con consentimiento y homicidio por imprudencia grave (arts. 411 N° 2, 565, 71 párrafo II); aborto con consentimiento y homicidio por imprudencia leve (arts. 411 N° 2, 568 bis, 71 párrafo II).

En los dos primeros casos el delito más grave era el aborto (sin consentimiento), que estaba penado con *reclusión mayor*, es decir, de *6 a 12 años* (arts. 30, 62 CP de 1973). Igualmente, en los dos últimos casos, la pena del aborto (con consentimiento) era la que debía tenerse en cuenta, aunque, en el tercer caso, el homicidio por imprudencia grave tenía la misma pena atribuida, a saber, *reclusión menor* de 6 meses a 6 años (arts. 30, 62 CP de 1973). Según el art. 71.2, la pena correspondiente por el concurso ideal en su grado máximo es de *10 a 12 años*, o bien de *4 años y 2 meses a 6 años*, lo cual es, en todo caso, menor que la cualificación por el resultado del art. 411 en su antigua versión.

La doctrina española pretendía impedir privilegiar al autor que actuaba con dolo en relación con el resultado a través de la sanción del delito doloso en concurso ideal, pero lo hacía sin basarse en que el delito doloso grave –que, en nuestro ejemplo, era el homicidio doloso del art. 407 CP– desplaza la cualificación por el resultado del concurso de leyes, sino recurriendo al principio de *alternatividad* entre la cualificación por el resultado y el concurso

[88] Véase Cerezo, *supra*, nota 65, p. 265.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

ideal de delitos (art. 68 CP de 1973; art. 8° N° 4 CP de 1995) y tomando la pena del delito más grave.[89]

El Tribunal Supremo quería reducir el privilegio del autor doloso, en el que veía una infracción contra el principio de proporcionalidad de la pena, porque debía tener en cuenta un delito cualificado por el resultado sólo en caso de existencia de dolo eventual.[90] Esta solución evitaba la complicada solución de alternatividad de la doctrina en caso de concurrencia de dolo directo, pero había que objetar que debía rechazarse que la interpretación dominante del artículo 1°, párrafo III, contradijera y disimulara la calificación del legislador, que manifestó motivos de carácter preventivo-general para la primacía del principio de proporcionalidad.[91]

Esta discusión pone de manifiesto que ha tenido lugar un doble traslado del problema: de la preterintencionalidad a la cualificación por el resultado en la línea alemana, por un lado, y de la conveniente motivación de la pena para la determinación adecuada de la pena, por otro. Para la mayoría de la doctrina española esto constituyó un motivo suficiente para pedir la derogación del art. 9.4 y de los delitos cualificados por el resultado,[92] en consonancia con una opinión constatable en la doctrina alemana (especialmente Jescheck,[93] Lorenzen,[94] Schubarth[95] y el Proyecto Alternativo de Código Penal).[96]

[89] Cerezo, *Estudios*, *supra*, nota 3, p. 95.

[90] Véase Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, pp. 224 y ss.; Gómez Benítez, *supra*, nota 67, pp. 89 y ss., 108 y ss.; Cerezo, *Estudios*, *supra*, nota 3, pp. 93 y ss. Para el reconocimiento del principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase también, Bacigalupo, "Principio de culpabilidad e individualización de la pena", en *Libro homenaje a Torío López*, *supra*, nota 65, pp. 34 y ss.

[91] Cerezo, *Estudios*, *supra*, nota 3, pp. 94 y ss.; sobre el TS también Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, pp. 224 y ss. (229 y ss.); Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 550; Gómez Benítez rechaza una combinación dolo-dolo (Gómez Benítez, *supra*, nota 67, pp. 90, 108 y ss.).

[92] Véase Bustos/Hormazábal, *supra*, nota 83, pp. 372 y ss. (374); Cobo/Vives, *supra*, nota 61, pp. 546 y ss.; en general, también, Bacigalupo, *supra*, nota 51, pp. 252 y ss.

[93] Jescheck, *supra*, nota 7, p. 248; Lange, ibíd., p. 255.

[94] Lorenzen, *supra*, nota 3, pp. 88, 158 y ss., 164 y ss.

[95] *ZStW* 85 (1973), pp. 754 y ss. (769: infracción del mandato de igualdad, 771, 775).

[96] AE-BT, *Delitos contra las personas*, 1970, p. 45 (advertencia al §108). Para la lesión grave se prevé una combinación dolo-dolo, §110 II (ibíd., p. 49; al respecto también Díez-Ripollés, *ZStW* 85 [1973], 1075 y ss.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

En Alemania ha sido especialmente conocida la opinión de Díez-Ripollés.[97] Este autor fundamentó esta exigencia con la doble valoración del injusto en los delitos cualificados por el resultado[98] y, por ello, propuso la creación de tipos de peligro concreto, que consistieran en un tipo de resultado doloso y un tipo de peligro concreto doloso.[99] Este tipo de peligro sólo sería aplicable cuando el resultado grave no se diera; por lo demás, se castigaría según las reglas del concurso ideal.[100] Finalmente, esta opinión ha prevalecido en España.

3. El Código Penal de 1995: ¿el final de la preterintencionalidad y la cualificación por el resultado?

La mencionada crítica ha llevado a que el legislador de 1995 haya derogado tanto el artículo 9.4 CP –introducido en 1983– como el art. 1° párrafo III, CP, es decir, el equivalente al §18 StGB; el artículo 1.2 CP[101] se mantuvo en la materia así como el artículo 5°.[102] Si bien el intento de 1983 de "expulsar la responsabilidad objetiva en todas sus expresiones de nuestro sistema penal"[103] no fue totalmente exitoso, la reforma de 1995 ha eliminado todas las reminiscencias de la responsabilidad *versarista* de la parte general del Código Penal. Esto trajo consigo que, ante una forma dolosa débil, se excluyera el recurso a la atenuante del art. 9.4 CP de 1973, en la línea de una aplicación análoga del nuevo artículo 21.6 CP[104] y que se determinase la pena bien como tipo doloso o bien imprudente.[105]

[97] Díez-Ripollés, *ZStW* 96 (1984), 1059.

[98] Díez-Ripollés, *ZStW* 96 (1984), p. 1070; Díez-Ripollés, *ADPCP*, 1983, pp. 106 y ss.; en la misma línea, Bustos/Hormazábal, *supra*, nota 83, p. 373.

[99] Díez-Ripollés, *ZStW* 96 (1984), 1059, 1074 y ss. (1087); Díez-Ripollés, *ADPCP*, 1983, pp. 112 y ss. (124 y ss.); así mismo Cerezo, *supra*, nota 65, p. 19 *supra*, nota 24.

[100] Díez-Ripollés, *ZStW* 96 (1984), 1088 y ss.; el mismo, *ADPCP*, 1983, 125.

[101] Véase *supra*, nota 64.

[102] El artículo 5° dice: "No hay pena sin dolo o imprudencia"; crítica sobre este aspecto, *supra*, nota 65.

[103] Explicación oficial de la Ley 8/1983, de 25 de junio, referido en Díez-Ripollés, *ZStW*, 96, 1984, 1059.

[104] Art. 21, N° 6, recoge una atenuante ante "cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores".

[105] Crítica al respecto, Hormazábal, *JpD*, julio 1997, 55. También Suárez Montes lamenta la supresión del art. 9°, N° 4, ya que también en el nuevo CP –independientemente de los delitos cualificados por el resultado– existen aún numerosos tipos preterintencionales (Suárez Montes, *supra*, nota 63, pp. 205 y ss.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Así, el Tribunal Supremo[106] decidió, en el caso de un coautor en un robo con violencia de un monedero, que no podía aplicarse una atenuación con motivo de la preterintencionalidad basada en el conocimiento por parte del autor del concreto peligro de su acto porque "en un derecho penal moderno, la preterintencionalidad relevante para atenuar la pena del dolo es únicamente la imprudencia".[107] Por tanto, se excluye la preterintencionalidad como atenuante y se considera el grado doloso más o menos intenso solamente dentro del marco penal de los delitos dolosos e imprudentes. Ante la falta de dolo, se sostiene la atenuación de la pena en la condena, en el marco penal de los delitos imprudentes.

En la misma dirección fue la decisión del Tribunal Supremo, reflejada en la sentencia del 3 de octubre de 2000,[108] en la que rechazó una aplicación analógica del artículo 21.6 –en el sentido del artículo 9.4 CP de 1973– en el caso de lesión grave con dolo eventual respecto al resultado más grave, porque precisamente ante la concurrencia de dolo, sin importar en función de qué artículo, no hay lugar para la atenuación por preterintencionalidad.[109]

En la parte especial, la reforma suprimió numerosas cualificaciones por el resultado "clásicas", como el mencionado caso del aborto con resultado de muerte (art. 411, párrafo I, en el CP de 1973) o el abandono de niños con resultado de muerte (art. 488 CP de 1973), pero también los tipos contra la salud pública con resultado de muerte (art. 348 CP de 1973).

En todo caso, según la opinión mayoritaria, no se eliminaron todas las cualificaciones por el resultado,[110] si se tienen en cuenta

[106] STS 920/1998 de 26 de junio.

[107] Ibíd., II. A. Primero N° 5: "En un derecho penal moderno la preterintencionalidad relevante para atenuar la pena del dolo es únicamente la imprudencia".

[108] STS 1526/2000, de 3 de octubre.

[109] En otro sentido, la sentencia del TS 1596/2000 de 30 de septiembre contempla la atenuación en virtud del art. 9°, N° 4, en su antigua versión por lesión con resultado grave causado por imprudencia.

[110] Véase Suárez Montes, *supra*, nota 63, pp. 185 y ss., con otras indicaciones, 192 y ss.; Luzón Peña, *supra*, nota 52, pp. 545 y 547; Cerezo, *Curso de Derecho penal. Parte general II*, 6ª ed., pp. 101 y ss.; el mismo, *supra*, nota 88, p. 18; Muñoz Conde/García Arán, *supra*, nota 61, p. 293; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., 2004, p. 302; Corcoy Bidasolo, *ADPCP*, 1996, pp. 292 y ss.; Hormazábal, *JpD* 26, julio 1997, 54. Partiendo de una eliminación total, los autores citados en Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 189 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

los delitos en los cuales se prevé una agravación de la pena cuando sucede un resultado más grave, lo cual se muestra a través de una formulación impersonal ("cuando resultare", "se derivare", "se produjere", "se ocasionare", etc.).[111] Para algunos, así ocurre en el caso de ciertos delitos que causan determinados resultados lesivos, como por ejemplo los daños con el resultado de ruina para el perjudicado (art. 264, párrafo 1, N° 5) o la comisión de un incendio forestal que produce la erosión de una gran superficie (art. 353.1, N^{os} 1 a 4);[112] y, para otros, en los delitos que ocasionan meros resultados de peligro, como el abandono de menores de edad con concreto peligro para la vida (art. 229, párrafo 3).[113]

De todas maneras, la cifra de delitos cualificados por el resultado se redujo considerablemente, teniendo en cuenta no sólo el aspecto puramente conceptual de la definición, sino también *aspectos materiales*. Por ejemplo, en el caso del peligro específico contenido en el delito básico para la cualificación por el resultado típicamente presumible, en el sentido de un desarrollo progresivo, implica la realización del resultado más grave;[114] o la interpretación de la cualificación por el resultado como imputación de un resultado más grave punible en el marco de un delito complejo, es

[111] Véase Luzón Peña, *supra*, nota 52, pp. 545, 547; también Cerezo, *Curso*, *supra*, nota 110, pp. 101 y ss.

[112] Véanse los siguientes delitos: estafa que causa especiales perjuicios (art. 250.6 CP), utilización de información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, causando graves daños a los intereses generales (art. 285 CP); revelación o uso privado de secretos o informaciones de los que tenga en conocimiento por razón de oficio o cargo con daños graves para los intereses públicos (arts. 417, párrafo 1°, y 418 CP); malversación que causa daños graves (art. 432.2 CP); funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad o particular para conseguir un beneficio, cuando el beneficio buscado es efectivamente conseguido (arts. 427, 428 y ss. CP), pues el mencionado resultado puede ser considerado también una condición objetiva de la punibilidad (véase Hormazábal, *JpD*, 26, julio 1997, p. 55). En contra, para Muñoz Conde y García Arán el artículo 572.1 no es un delito cualificado por el resultado de muerte, dado que según su tenor literal, el autor (terrorista) debe causar la muerte, por lo tanto se trata de una forma dolosa (Muñoz Conde/García Arán, *supra*, nota 61, p. 293).

[113] Véase al respecto Cerezo, *Curso*, *supra*, nota 110, p. 102; también el tipo de entrega de menor de edad o incapaz a un tercero con la puesta en concreto peligro de su vida (art. 231.2) así como delito ambiental con resultado de riesgo de destrucción irreversible y catastrófica (art. 326 e en relación con el art. 325).

[114] Véase Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 549; Cerezo, *Curso*, *supra*, nota 110, p. 102 (en referencia a Kries); Maqueda Abreu, *supra*, nota 102, p. 220.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

decir, la existencia de dos delitos desde el punto de vista de la unidad de la acción[115] –de forma muy parecida al conocido grupo de delitos cualificados por el resultado querido "necesariamente" del derecho italiano, en los cuales el resultado grave también era punible[116]–; o, finalmente, la restricción del concepto de resultado a verdaderos resultados de lesión,[117] donde éste, para la estructura típica de la cualificación por el resultado, debe entenderse no sólo de forma conceptual-naturalística,[118] sino, más bien, materialmente, fundamentándola con el desvalor de resultado de la consecuencia más grave que va más allá del mero peligro.[119]

Partiendo de que la preterintencionalidad es un principio general de responsabilidad por el resultado que excede la intención y que se concreta en la parte especial,[120] en delitos cualificados por el resultado, entonces, con la eliminación de la preterintencionalidad de la parte general, también se suprimen los fundamentos para los delitos cualificados por el resultado de la parte especial y muchos de los mencionados delitos se convierten en simples tipos cualificados en forma de agravantes especiales cuando concurre un determinado resultado que excede al tipo[121] o como delito de peligro abstracto o concreto. El legislador no parece muy interesado en estas diferencias dogmáticas, ya que, de otra forma, no se explica que en el mencionado artículo 353 CP, referido a una presunta

[115] Al respecto, Bustos/Hormazábal, *supra*, nota 83, pp. 372 y ss.; Hormazábal, *JpD*, 26 (julio 1997), p. 55; Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 352; Corcoy Bidasolo, *ADPCP*, 1996, p. 292; Suárez Montes, *supra*, nota 63, p. 182. En el caso del antiguo robo con consecuencia de muerte (art. 501.4) como delito compuesto en el sentido de una relación medio-fin y contra esta tesis de la incompatibilidad de la cualificación por el resultado y el delito compuesto, véase Gimbernat, *supra*, nota 51, pp. 177 y ss.; también Martínez González, *El delito de robo con homicidio*, 1988, pp. 104 y ss.; Bacigalupo, *supra*, nota 51, p. 251, quien sigue a Devesa y describe el delito compuesto como "regulación técnicamente defectuosa de un concurso de delitos".

[116] Véase *supra*, notas 42 y ss.

[117] Véase Suárez Montes, *supra*, nota 63, pp. 188 y ss.

[118] BGHSt 26, 176, 181; críticas al respecto, Küper, *NJW*, 1976, 543 (544 y ss.); *NK*-Paeffgen, §18 Rn 7 m.N.; Kühl, *supra*, nota 84, pp. 243 y ss.

[119] Véase Küper, *NJW*, 1976, p. 543 (546); también Kühl, *supra*, nota 84, p. 245, acerca del dolo en los delitos de peligro, la doctrina mayoritaria en *supra*, nota 13; en la misma línea, Ferschl, *supra*, nota 3, p. 299, así como Wollters, *JR*, 1998, pp. 271 y ss.

[120] Véase Mir Puig, *supra*, nota 110, p. 302.

[121] Véase Corcoy Bidasolo, *ADPCP*, 1996, p. 294.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

cualificación por el resultado, las llamadas graves consecuencias de los números 1 a 4 sean designadas circunstancias y con ello parezca hacerse referencia el concepto de circunstancias agravantes.[122]

Por otra parte, aparece en la doctrina española la eterna lucha contra la responsabilidad por el resultado, que se identificaba y aún se identifica con los delitos cualificados por el resultado;[123] ésta ha sido conducida a una deformación profesional, en la que apenas si puede sostenerse como posible la efectiva supresión de la cualificación por el resultado y por eso presume una cualificación por el resultado tras cada agravante. La aceptación o rechazo de la existencia de los delitos cualificados por el resultado en el CP de 1995 depende, a fin de cuentas, de lo que se entienda por estos delitos. Si se contemplan los mencionados puntos de vista materiales[124] como elementos (cumulativos) necesarios de los delitos cualificados por el resultado, entonces sí han sido suprimidos totalmente.

Independientemente del concepto exacto a tener en cuenta, queda, de todos modos, la cuestión de cómo debe establecerse la relación psicológica entre autor y resultado, es decir, si la responsabilidad por el resultado debe presuponer dolo o imprudencia. Esta pregunta plantea problemas específicos, porque se suprimió el art. 1°, párrafo III, CP de 1973 –el equivalente al §18 StGB– y, de este modo, no existía ya en derecho español ninguna disposición específicamente diseñada para los delitos cualificados por el resultado.

Siguiendo la teoría dominante y el amplio concepto de los delitos cualificados por el resultado defendido por ella, puede decirse que en el derecho español actual existe cualificación por el resultado en la parte especial, sin existir un fundamento en la parte general. Si se intenta resolver este dilema con principios de parte general, entonces se choca, de entrada, con el mencionado art. 5° CP. De él resulta que la responsabilidad por el resultado más grave requiere dolo o imprudencia del autor en cada caso;[125] sin embargo, con esto sólo se descarta una responsabilidad objetiva por el resultado, no quedando claro si la imprudencia respecto al resultado grave es suficiente para constituir un delito cualificado por el resultado. Parece que el art. 12 CP da la respuesta, reclamando la punibilidad por imprudencia sólo con disposición legal expresa (*numerus clausus*).[126] Si ésta no existe en el caso de las cualificaciones por el resultado, debe concluirse que el autor deberá actuar con dolo también respecto al resultado más grave.[127]

A favor de esta teoría están también las semejanzas con el derecho alemán: si no existiera §18 StGB, por una parte, el principio constitucionalmente garantizado de culpabilidad prohibiría la responsabilidad por el resultado[128] y, por otra parte, el art. 15 requiere una disposición legal expresa para responsabilizar por el resultado imprudente.[129] La imprudencia, incluso la imprudencia temeraria, sería suficiente en el caso de resultado grave cuando la cualificación por el resultado está contenida expresamente (por ejemplo, §251, §306 c StGB). En la práctica, las cualificaciones por el resultado del derecho español –de por sí controvertidas– se convertirían de este modo en tipos cualificados normales y el conflicto señalado perdería considerablemente su sentido. Si se consideran estas cualificaciones por el resultado como meras circunstancias agravantes, también tendría que considerarse la regla del error del art. 14.2 CP, para la que la imputación presupone conocimiento.[130] Si, según el artículo 14.2 CP, el error sobre una circunstancia agravante "impide su aplicación", eso significa que el empleo de esta circunstancia presupone el conocimiento del autor.[131]

[122] Corcoy Bidasolo, *ADPCP*, 1996, p. 298 en *supra*, nota 23.

[123] Véase Martínez González, *supra*, nota 115, p. 109, que concibe el delito cualificado por el resultado como combinación entre un delito básico doloso y un resultado objetivo; del mismo modo, sobre la concepción originaria de la doctrina alemana, véase Baumann, *ZStW* 70 (1958), 227 y ss.; Schubarth, *ZStW* 85 (1973), 190.

[124] Véase *supra*, notas 114 y ss.

[125] Véase también Cerezo, *supra*, nota 65, pp. 18 y ss.; Muñoz Conde/García Arán, *supra*, nota 61, p. 293; Cobo/ Vives, *supra*, nota 61, p. 658.

[126] Art. 12: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley".

[127] Corcoy Bidasolo, *ADPCP*, 1996, pp. 295 y ss., que concibe el dolo según la teoría cognitivista como conocimiento del peligro concreto producido por la comisión del delito básico (ibíd., 297, *supra*, nota 19, pp. 302 y ss.); también Mir según Suárez Montes, *supra*, nota 63, p. 191.

[128] Véase BverfGE 20, 323 (331 y ss.); 45, 187 (259 y ss.); véase también *NK*-Paeffgen, §18 Rn 2, en otro sentido EGMR, o en *supra*, notas 36 y ss.

[129] Véase también *LK-Schroeder*, StGB (1994), § 18, Rn 1, que remite en cuanto al propio carácter ampliador de la pena del § 18 al § 15 del StGB.

[130] Art. 14.2: "El error sobre un hecho que califique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación".

[131] Véase también *Corcoy Bidasolo, ADPCP*, 1996, 294, 297 y s. Críticas en *Suárez Montes, supra*, nota 63, pp. 200 y ss., según el cual justamente los delitos cualificados por el resultado muestran que ni siquiera todos los elementos del tipo agravante de la pena están sujetos al art. 14.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Sin embargo, esta argumentación basada en principios de parte general, encuentra las objeciones planteadas por Suárez Montes,[132] quien considera que no se están teniendo en cuenta suficientemente los delitos cualificados por el resultado que subsisten en la parte especial. Si la parte especial contiene aunque sea un único delito cualificado por el resultado, entonces podría interpretarse en el sentido de una combinación de dolo e imprudencia, aunque el art. 1°, párrafo III, en su antigua versión no exista ya y los arts. 5° y 12 parezcan impedir tal interpretación. Esto no puede ser analizado aquí en detalle –el propio Suárez Montes sólo acepta el mencionado delito de incendio–,[133] pero, de todos modos, corresponde a la concepción de la cualificación por el resultado como combinación de dolo e imprudencia.[134] Finalmente, debe considerarse suficiente –de acuerdo con el artículo 12 CP– la imprudencia, de cualquier forma, en todos los casos en los que el castigo por imprudencia estuviera previsto de modo general para los grupos de delitos referidos –no para el delito referido– como en el caso del delito de incendio del art. 358 (imprudencia grave).

Si se parte de que el derecho vigente no prevé una cualificación por el resultado en el sentido del antiguo homicidio preterintencional fundamentado jurisprudencialmente y los derogados delitos cualificados por el resultado, se deberán castigar estos casos conforme a las reglas del concurso.[135] En el caso de una simple lesión con causación imprudente de muerte, se castigará la lesión (art. 147) en concurso con homicidio imprudente (art. 621.2 CP, con imprudencia leve; art. 142.1 CP, con imprudencia grave),[136] tomando, según el art. 77.2 CP, la mitad superior de la pena del delito más grave.[137]

[132] Suárez Montes, *supra*, nota 63, pp. 193 y ss.

[133] Ídem, pp. 196 y ss.

[134] Véase Díez-Ripollés, *ADPCP*, 1982, 640; anteriormente Hardwig, *GA*, 1965, 97; Schubarth, *ZStW* 85 (1973), 190. Schröder, *NJW* 1956, 1737 (1738 y ss.) hablan, a propósito de este tema, de delitos cualificados por el resultado como "propios" (igualmente Wolter, *JuS* 1981, 168); Hirsch, *GA*, 1972, 65 y ss. principalmente sobre los delitos cualificados por el resultado en el sentido "material". Críticas a la designación como propia-impropia y con otra denominación, Hruschka, *GA*, 1967, 44, 45, *supra*, nota 10.

[135] Véase Gómez Benítez, *supra*, nota 67, pp. 96 y s.; también Muñoz Conde/García Arán, *supra*, nota 61, p. 293; Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 533; Hormazábal, *JpD*, 26, julio 1997, p. 55; Suárez Montes *supra*, nota 63, p. 182.

[136] Mir Puig, *supra*, nota 110, p. 303.

[137] Art. 77.2 CP: "(...) se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave (...)".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Una simple lesión se castigará con una pena de 6 meses a 3 años según el artículo 147, el homicidio causado por imprudencia leve, con multa de 1 a 2 meses según el artículo 621 N° 2, y el homicidio causado por imprudencia grave, con una pena de 1 a 4 años. Por consiguiente, el delito más grave sería la lesión o el homicidio por imprudencia grave, de forma que los marcos penales van de 1 año y 9 meses a 3 años o de 2 años y medio a 4 años. Si se acepta el concurso real, se sumarían las penas (art. 73), de forma que la pena total –en caso de homicidio por imprudencia grave– está entre 1 año y 6 meses y 7 años.[138]

En el caso del aborto con resultado de muerte del art. 411, párrafo 1, en su antigua versión, sólo sería punible el aborto (art. 145) –que presupone el consentimiento de la mujer– en concurso ideal con el homicidio imprudente (art. 142.1), donde el aborto está castigado con la pena de 1 a 3 años, de forma que, esta vez, la pena –de nuevo según el art. 77(2)– sería o bien la del aborto (en caso de homicidio por imprudencia leve) o bien la del homicidio por imprudencia grave por ser el delito más grave, es decir, que correspondería bien una pena entre 2 y 3 años o bien entre 2 años y medio y 4 años. Según el artículo 411, párrafo I, en su antigua versión se condenaría al autor con una pena de entre 12 y 20 años (reclusión menor según los arts. 30, 62 CP en su antigua versión).

III. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO ALEMÁN

1. Punto de partida

Tras el estudio de la situación jurídica en Italia y España, resulta comprensible la tesis enunciada al principio acerca de que el derecho alemán constituye un camino intermedio. Con la introducción de los requisitos de la imprudencia en 1953 se abandonó la responsabilidad objetiva por el resultado, aún en vigor en Italia, aunque no se pretendía con ello llegar tan lejos como el derecho español, que elimina por completo el delito cualificado por el resultado como figura jurídica de la parte general.

[138] Al igual que en Alemania, también en España son incrementadas penas compensatorias, véase *infra*, nota 177.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

En realidad, la doctrina mayoritaria manifestó en Alemania sus dudas acerca de la constitucionalidad de los delitos cualificados por el resultado a causa del considerable salto en el marco penal que supone respecto a los correspondientes delitos dolosos y al castigo según las reglas del concurso;[139] pero por eso no se pone en duda la conveniencia ni la legitimidad de la existencia de los delitos cualificados por el resultado ni –a excepción de algunas voces aisladas[140]– se proclama su incompatibilidad con los principios de culpabilidad y de igualdad. En esta línea, *Ferschl* distingue entre la conveniencia de la existencia de los delitos cualificados por el resultado y la crítica a su marco penal.[141] Aunque esta crítica se ha ido agudizando a causa del drástico aumento del marco penal tras la sexta reforma penal,[142] poco ha variado la posición inicial de la doctrina mayoritaria alemana.

El contenido adicional de injusto que reside en la cualificación por el resultado en razón del peligro típico y específico del delito básico de producir el resultado, no puede ser regulado satisfactoriamente de otro modo –ya que la pena solamente se podrá medir de forma imprecisa–, de forma que no se puede renunciar a este tipo de delitos.[143]

Tras esta argumentación –que llega a una culpa objetivada– se oculta la idea ya expresada por los objetivistas moderados italianos[144] y manifestada en Alemania antes, de que la teoría *versari* contiene

[139] Véase Schubarth, *ZStW*, 85 (1973), 191 y ss.; Maiwald, *GA*, 1974, 257 (265 y ss.); Wolter, *JuS*, 1981, 168; *LK*-Schroeder, StGB (1994), § 18, marginal 34; *SK*-Rudolphi, StGB, 1995, § 18, marginal 1; Paeffgen, *JZ*, 1989, 221; *NK*-Paeffgen (1997), § 18, marginal 82 y ss.; Altenhain, *GA*, 1996, 19, 35; Küpper, *ZStW*, 111 (1999), 801 con indicaciones en *supra*, nota 77.

[140] Véase *supra*, notas 92 y ss.

[141] Ferschl, *supra*, nota 3, p. 45; en el mismo sentido que Schubarth, *ZStW*, 85 (1973), 755.

[142] Véase Bussmann, *GA*, 1999, 25 y ss., que habla de "marcos penales drásticamente elevados", especialmente debido al aumento en caso de menor gravedad (véase 226 III), con lo cual sería restaurada la responsabilidad por el resultado (30) y se castigarían los casos fortuitos (28, 30). Críticas también en Ferschl, *supra*, nota 31, p. 333; Rengier, *ZStW*, 111 (1999), 21 y s., así como Küpper, *ZStW*, 111 (1999), 801 y ss. Acerca de los delitos de incendio véase Schroeder, *GA*, 1998, 571 y ss.

[143] Hirsch, *GA*, 1972, 72 y ss. (75, 77); *LK*-Schroeder, StGB (1994), § 18 marginal 35; *NK*-Paeffgen 1997, § 18 marginal 140; Küpper, *ZStW*, 111 (1999), 791 (con indicaciones en la nota 27), 803; Ferschl, *supra*, nota 31, p. 46.

[144] Véase número I, 1, y después la nota 21.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

una idea correcta, a saber, que quienes conocían y querían una conducta típica peligrosa tendrán que responder por su falta de cuidado con relación al resultado;[145] hoy lo que se intenta es restringir los marcos penales a través de limitaciones de los tipos objetivo y subjetivo de los delitos cualificados por el resultado.

Desde el punto de vista *objetivo*, la relación entre delito básico y resultado es descrita por la palabra mágica "criterio de inmediación" o "relación inmediata"[146] entre delito fundamental y resultado; sin embargo, en cuanto a su contenido existe unanimidad entre quienes defienden la teoría de la letalidad (*Letalitätslehre*),[147] que toma como punto de referencia central el resultado del delito básico[148] y lo hacen con ayuda del § 227 StGB y los críticos que consideran que este criterio –así la conocida formulación en el BGHSt,

[145] Véase Jescheck, *supra*, nota 7, p. 250; Hardwig, *GA*, 1965, 99 y s.; Bindokat, *JZ*, 1977, 549 (551 y s.).

[146] Véase Geilen, *FS Welzel*, 1974, pp. 655 y ss.; Wolter, *JuS* 1981, 171; Hirsch, *FS Oehler*, 1985, pp. 112 y ss.; SK-Rudolphi, *StGB*, 1995, §18, marginal 3; *NK*-Paeffgen (1997), §18, marginales 23 y ss.; Küpper, *FS Hirsch*, 1999, pp. 618 y s., 621 y ss., 629; el mismo, *ZStW*, 111 (1999), 792 y s.; sobre la jurisprudencia Geilen, *op. cit.*, p. 672 ("buntscheckig"); Kühl, *supra*, nota 84, pp. 248 y ss., 256 y ss.; resumidamente acerca de la literatura Ferschl, *supra*, nota 31, pp. 50 y ss., 84 y ss., que comprende el criterio de la inmediatez no sólo como posibilidad de restricción, sino también como justificación de los delitos cualificados por el resultado (pág. 46). Sobre la imputación objetiva Maiwald, *JuS*, 1984, 439 (440 y ss., 443); Rengier, *supra*, nota 31, p. 157, 188, 208; Ferschl, *supra*, nota 31, pp. 84, 89 y ss., 109 y ss., 123 y s., 135 y ss. (especialmente la teoría de la finalidad protectora); sobre los principios en la jurisprudencia, véase Kühl, *supra*, nota 84, pp. 250, 258; críticas en Hirsch, *FS Oehler*, 1985, p. 128, *supra*, nota 55; Küpper, *ZStW*, 111 (1999), 795 y s.

[147] Hirsch, *GA*, 1972, 75 y s.; el mismo, *JR*, 1983, 79 y s.; Oehler, *ZStW*, 1957, 504 y ss.; Geilen, *supra*, nota 146, p. 681; Maiwald, *JuS*, 1984, 443 y s.; Hirsch, *FS Oehler*, 1985, pp. 117, 129 y ss.; Küpper, *supra*, nota 31, p. 14 y ss., 81 y s., 85 y ss.; Küpper, *FS Hirsch*, 1999, pp. 619 y s. (con indicaciones en la nota 26), p. 629; el mismo, *ZStW*, 111, 1999, 792 y ss. con indicaciones en la nota 33; Bussmann, *GA* 1999, 30 y s.; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, StGB (2001), § 18, marginal 4; al contrario, con base en la jurisprudencia, véase Kühl, *supra*, nota 84, pp. 253 y ss. con indicaciones, que defienden la propia teoría de la letalidad.

[148] Véase Wolter, *JuS*, 1981, 175 y s.; Paeffgen, *JZ*, 1989, 225 y ss.; *NK*-Paeffgen, § 18, marginal 31 y ss., 55; Ferschl, *supra*, nota 31, p. 133 y ss. Véase también Altenhain, *GA*, 1996, 30 y ss., que en verdad discute acerca de la "causalidad de paso" (33, 34), que ocurre porque el delito fundamental consumado es "parte necesaria de la manifestación causal del resultado más grave"; críticas al respecto em Küpper, *FS Hirsch*, 1999, p. 617 y s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

33, 322 (323)– formula, en el mejor de los casos, una pregunta (*Fragestellung*) y requiere más aclaraciones.[149]

En efecto, cuanto más a fondo se sumerja uno en la literatura referente al criterio de inmediación, más se pregunta si el desarrollo de una fórmula general es posible, como sucede también en la determinación del inicio de la tentativa,[150] donde la concreción sólo puede llevarse a cabo recurriendo a los tipos en cuestión. Éste es el punto de vista de Ferschl,[151] que se basa en la interacción reconocida entre la parte general y la especial y parece ser –especialmente a criterio de Fincke–[152] el único camino eficaz.

Respecto al punto de vista *subjetivo*, se otorga relevancia al descuido atribuyéndole un desvalor de acción aumentado por la cualificación por el resultado;[153] este aspecto casi quedó legislado de este modo, habiendo podido convertirse en ley.[154] Precisamente, en contra de la introducción general del criterio de la relevancia del descuido[155] se encuentran las dificultades probatorias, suscitadas por los delitos cualificados por el resultado en el caso del homicidio, dado que se castiga con la misma pena un homicidio doloso que (ya) no puede ser probado en un proceso judicial y una lesión corporal con resultado de muerte, como si hubiera concurrido de hecho el dolo de matar.[156]

Desde un punto de vista práctico prima también hoy –como ocurría antes con la responsabilidad pura– la facilitación de la prueba,[157] que se aseguró mejor dogmáticamente. Esto ha traído consigo la crítica de que tras el castigo de los delitos cualificados por el resultado, se oculta la punición de una sospecha, con lo que la teoría *versari* subjetivizada y el dolo indirecto entrarían por la puerta de atrás.[158]

El razonamiento del legislador sueco apunta también en esta dirección, eliminando los delitos cualificados por el resultado,[159] por los que no se debe ser responsable en una sociedad moderna, ni imponer una pena mayor con motivo de un resultado causado sin dolo, porque el dolo siempre es difícil de acreditar.[160]

2. ¿Cabe el castigo a través de las reglas del concurso como alternativa?

A pesar de lo anterior, desde el punto de vista constitucional, es necesario reconocer que, por un lado, las dudas respecto al tipo de delitos cualificados por el resultado en cuanto al principio de culpabilidad desaparecen con la introducción de la exigencia de la imprudencia[161]

[149] Véase Wolter, *JuS*, 1981, 168; Paeffgen, *JZ*, 1989, 222; Altenhain, *GA*, 1996, 20; Küpper, *FS Hirsch*, 1999, p. 615; Kühl, *supra*, nota 84, p. 252; Ferschl, *supra*, nota 31, principal ya en la introducción de su investigación indica la falta de claridad (pág. 29, también 49, 70, 123).

[150] Weigend, en Hirsch/Weigend (coord.), *Strafrecht*, 1989, p. 117; véase, con detalle, Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, pp. 725 y ss.

[151] Véase Ferschl, *supra*, nota 31, pp. 70, 122, 123 así como –delitos específicos– 128 y ss. Para una solución orientada por la finalidad de protección de los respectivos tipos penales también *NK*-Paeffgen, StGB, 1997, § 18 marginal 76; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, *supra*, nota 147, § 18 marginal 4.

[152] Fincke, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975; de un modo general también Tiedemann, en Lahti/Nuotio (Hrsg.), *Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven*, 1992, pp. 280 y ss.

[153] Rengier, *supra*, nota 31, pp. 126 y ss.; Wolter, *JuS* 1981, 178 y s.; Paeffgen, *JZ* 1989, 224; *LK*-Schroeder, StGB, 1994, § 18 marginal 34; *NK*-Paeffgen, StGB, 1997, § 18 marginal 44 y ss., 104, 140, § 226 marginal 13; Küpper, *ZStW* 111 (1999), 797 y ss. (800). Fundamental sobre el concepto de la imprudencia temeraria, Maiwald, *GA*, 1974, 257 (258 y ss.).

[154] Véase BTDrs. 13/8587, 21; ídem, pp. 55, 61, 62; sobre la modificación por el BReg., ídem, p. 79; al respecto también, Rengier, *ZStW*, 111 (1999), 21 y s.; Bussmann, *GA*, 1999, 28; Küpper, *FS Hirsch*, 1999, pp. 624 y s.; el mismo, *ZStW*, 111 (1999), 798.

[155] Véase las indicaciones en Rengier, *ZStW* 111, 1999, 22 en la nota 106.

[156] Véase Eisenberg, *Kriminologie*, 5ª ed., 2000, § 45, marginal 15.

[157] Acerca de la orientación de la praxis hacia el resultado de la acción en el caso de la determinación del dolo de homicidio como consecuencia de un derecho penal orientado el resultado, véase Sessar, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, pp. 208 y ss.

[158] Wolter, *JuS* 1981, 169 (haciendo referencia a Gallas). Véase también Hardwig, *GA*, 1965, 99 sobre la relación entre "marcos penales excesivos" y la pena señalada. También Hirsch ve en la conminación de una pena excesiva "resquicios de responsabilidad por el resultado" (Hirsch, *GA*, 1972, p. 67). Véase también Schubarth, *ZStW*, 85, 1973, 771: violación del principio de la culpabilidad por la vía indirecta del derecho a prueba.

[159] Véase *supra*, nota 10.

[160] Véase Träskman, en Holmqvist/Leijonhufvud/Träskman/Wennberg, Brottsbalken, *Ein Kommentar*, Kap., pp. 1-12, 7ª ed., 1998 (julio 2000), pp. 3, 7. Véase también Kap., p. 1 § 2 (1) SchwedStGB (1962/65): "una conducta solamente se prevé como hecho punible cuando se lleva a cabo con dolo, mientras no esté previsto nada diferente".

[161] De otra opinión, Hruschka, *GA* 1967, 45 y ss., que afirma, de acuerdo con el principio de culpabilidad, que la forma de culpabilidad requiere ser fijada de forma precisa, mientras el artículo 56 de la antigua versión del StGB, así como el artículo 18 del StGB, establecen simplemente un mínimo de culpabilidad.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

–como, por lo demás, admite el penalista español[162]– y que, por otro lado, la inconstitucionalidad de las disposiciones para la individualización de la pena sólo se produce en casos extremos, cuando la pena parece "sencillamente inadecuada" con relación a la gravedad del tipo y la culpabilidad del autor.[163]

En todo caso, la pena prevista para los delitos cualificados por el resultado no podrá ser considerada absolutamente inconstitucional sino parcialmente, en atención al tratamiento desigual respecto a las reglas de solución del concurso. Por eso, es menos conveniente recurrir al inseguro y a menudo abusado[164] terreno del derecho constitucional; más bien debería tratarse (otra vez) la cuestión del pretendido *carácter indispensable* de los delitos cualificados por el resultado, así como de las penas (graves) previstas para ellos.

Esta cuestión no puede darse por contestada con el reconocimiento de la naturaleza especial de los delitos cualificados por el resultado,[165] aceptada por la doctrina mayoritaria, ya que, incluso admitiendo esto –que ponen en duda con buenos argumentos la doctrina dominante española y parte de la alemana[166]–, todavía no se ha demostrado que estos delitos sean indispensables. En contra de tal posibilidad está el hecho de que, además de España, también Finlandia y Suecia hayan suprimido los delitos cualificados por el resultado[167] sin que con ello, hasta el momento, se haya perjudicado su sistema de justicia penal. El argumento decisivo debería ser el de si el injusto comprendido en los delitos cualificados por el resultado puede ser solventado de forma, por así decir, "normal", o sea, a través del castigo mediante las reglas del concurso.[168] Esta posibilidad depende a su vez de si el delito cualificado por el resultado en cuestión es, en realidad, un caso de unidad fáctica determinada. Pero no es éste el caso, por ejemplo, de las lesiones graves (§ 226 StGB),[169] porque no existe alternativa para la resolución como cualificación por el resultado,[170] en tanto no se quieran considerar estos delitos como cualificaciones "normales" de los tipos en cuestión.

En la mayor parte de los delitos cualificados por el resultado, especialmente las cualificaciones por resultado de muerte, es posible, sin embargo, un tratamiento jurídico como concurso a partir del delito básico, en forma de unidad de acción entre el delito básico y el homicidio imprudente, de forma que se plantea la cuestión de si, de este modo, puede ser considerado adecuado el injusto realizado y la culpa del autor, en comparación con el correspondiente delito cualificado por el resultado. Esto no puede ser estudiado aquí con relación a todos los delitos cualificados por el resultado, sino sólo en las lesiones con resultado de muerte (§ 227 StGB) como delito cualificado por el resultado más importante desde el punto de vista práctico. Al respecto, debe verificarse el castigo de este hecho de acuerdo con los derechos español y sueco así como también –en atención a la regla de concurso ideal– el suizo.

En caso de *combinación dolo-dolo,*[171] la eliminación del § 227 StGB llevaría a una considerable simplificación, ya que el conflicto entre la teoría del concurso y la de la exclusividad, que se basa en la controvertida interpretación de la formulación "al menos imprudente" del §18 StGB,[172] recaería en la cuestión asociada según la doctrina mayoritaria –que, como es sabido, considera posible una combinación dolo-dolo– acerca de cómo se establece la relación

[162] Véase Cardenal Murillo, *supra*, notas 49, pp. 390 y s., 472; Gómez Benítez, *supra*, nota 67, pp. 97 y ss. (114). De otra opinión, Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 552, que pone en duda la relación entre la pena y el desvalor subjetivo de la acción (medida de culpabilidad) en el caso de la formulación "al menos por imprudencia", porque una conducta imprudente se castigará como dolosa; tal entendimiento del principio de culpabilidad parece sostener también Hormazábal, *JpD* 26 (julio 1997), 56 y s.

[163] BVerfGE 6, 389 (439); 34, 261 (267); 45, 187 (259 y ss.)

[164] Muchas veces se consideran retrógradas desde el punto de vista del derecho constitucional las decisiones políticamente desagradables, véase recientemente Scholz/Uhle, *NJW* 2001, 393 y ss.

[165] Véase *supra*, nota 143.

[166] Véase Cardenal Murillo, *supra*, nota 49, pp. 386 y s. con otras indicaciones en la nota 11; Schubarth, *ZStW* 85 (1973), 766 y ss., 779; Lorenzen, *supra*, nota 31, p. 66, con indicaciones en las notas 147, 70; Rengier, *supra*, nota 31, pp. 130 y ss.

[167] Véase nota 10.

[168] Así, por ejemplo, Luzón Peña, *supra*, nota 52, p. 532.

[169] También en el caso de los delitos con resultados fundamentadores de castigo (Miseré, *Die Grundprobleme der Delikte mit strafbegründender besonderer Folge*, Berlín 1997, pp. 1 y ss.), si se consideran delitos calificados por el resultado (así Ferschl, *supra*, nota 31, p. 299, con relación al § 315c I, III: delitos cualificados por el resultado de peligro; también Miseré, *op. cit.*, p. cit.).

[170] Véase al respecto Lorenzen, *supra*, nota 31, pp. 70 y ss., y 169 sobre §§ 224, 225, 239 II 1 StGB en su antigua versión.

[171] La combinación *culpa-culpa* del 6 StrRG, debido a la remisión del § 227 a los §§ 223-226, no se tiene más en cuenta. Esta combinación fue suprimida de forma general, aunque también ya era de poca relevancia, véase *NK*-Paeffgen, § 18 marginal 136 así como –todavía sobre el § 309 Alt. 2 antigua versión (ahora la calificación por el resultado de peligro de acuerdo con el § 306d Alt. 2; también el § 306f III)– Ferschl, *supra*, nota 31, pp. 279 y ss.

[172] Véanse las indicaciones en la nota 84.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

entre la conducta de § 227 StGB y los §§ 211 y 212; en su lugar, se tendría en cuenta desde el principio sólo un homicidio doloso (§ 212 StGB). También la cuantía de la pena difiere en una lesión con resultado de muerte y un homicidio doloso, como mínimo, en dos años; como máximo de los dos delitos se toma, según el § 38 párrafo 2° StGB, la pena de 15 años en su grado máximo. Como resultado corresponde esto para la doctrina mayoritaria, porque parte –sobre los fundamentos de la teoría del concurso– de la subsidiariedad del § 227 StGB frente al § 212 StGB.[173] Esta solución supone una considerable simplificación frente al examen en concurso del delito doloso y la cualificación por el resultado.

La *combinación dolo-imprudencia* se castigaría según las reglas del concurso ideal (§§ 222, 223, 52 párrafo 2 StGB) con la pena de privación de libertad de hasta 5 años o pena de multa;[174] sería esperable, por tanto, una pena considerablemente menor a la establecida por el § 227 StGB. Por este motivo, los partidarios de una solución de concurso han exigido la aplicación del principio de acumulación relativa, de conformidad con el § 54 párrafo I, 2, párrafo II StGB.[175] De acuerdo con esta corriente, la pena en la que se incurre puede aumentar, pero debe mantenerse por debajo de la suma de las penas individuales o bien mantener la pena por debajo de los 15 años, de forma que la pena de privación de libertad quede entre *5 semanas y 10 años*.[176] Aunque la pena permanece con ello, tanto en su mínimo como en su máximo, por debajo de los límites marcados por el § 227 StGB, la aplicación general del principio de acumulación relativa ha sido rechazada especialmente por *Hirsch*,

[173] *NK*-Paeffgen (1997), § 226 marginal 30; Lackner/Kühl, StGB (2001), § 227 marginal 5.

[174] Sobre la posible existencia de una lesión corporal peligrosa, véanse las notas 188 y ss.

[175] Así Jescheck, *supra*, nota 7, p. 246; véase también Lorenzen, *supra*, nota 31, pp. 87, 169; Paeffgen, *JZ* 1989, 221 y s. con indicaciones en la nota 21; *NK*-Paeffgen, 1997, § 18 marginal 22; Küpper, *ZStW* 111, 1999, 790 con indicaciones en la nota 23.

[176] Como pena individual se debe partir aquí de dos marcos penales abstractos (idénticos) del § 222, así como del § 223, porque una pena individual "merecida" solamente puede determinarse en el caso concreto. La pena individual varía por tanto entre 1 mes (§ 38 II) y 5 años y debe ser aumentada, con la unificación de penas, por al menos en una semana (§ 39); sin embargo debe permanecer por debajo de la suma de las posibles penas individuales, esto es, de 10 años (§ 54, II, 1).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

porque lleva a una agravación de la pena inaceptable en los casos normales de concurso ideal.[177]

Sin embargo, esta tesis no es del todo cierta, puesto que el principio de acumulación relativa establece unos marcos penales suficientemente amplios (de 5 semanas a 10 años) para después imponer una pena concreta dentro de ese ámbito. Además, no se trata aquí tanto de un problema de cualificación por el resultado *per se*, sino más bien, de efectuar un cómputo de la pena adecuado a las reglas del concurso, que, en general, dependen de los marcos penales individuales.[178] El problema de la resolución alemana del concurso ideal reside en que el principio de absorción, como su nombre indica, implica "absorber" la pena del delito menor, la cual no se tendrá en cuenta en el cálculo de la pena definitiva, de forma que la pena resultante parece ser excesivamente suave.[179] El derecho extranjero ofrece algunas alternativas.

En España se aplica la pena del delito más grave en su mitad superior según el mencionado principio de "agravación" o de "absorción agravada" del artículo 77, párrafo II CP,[180] de forma que la pena se situará entre un año y nueve meses y 4 años, como ya expliqué.[181] Trasladando la solución española al derecho alemán, se debería tomar la mitad superior de la pena de privación de libertad del § 222 StGB o bien del § 223 StGB (1 mes a 5 años) y quedaría entre 2 años, 6 meses y 2 semanas y 5 años, es decir, un resultado mínimo por encima del obtenido con el principio de acumulación relativa (de 5 semanas a 10 años).

Según el derecho sueco, la lesión se castiga en unidad de acción con el homicidio imprudente (por imprudencia grave) del Kap. 3 arts. 5°, 7° del CP sueco. En este caso, se impondrá como pena individual (pena de multa/privación de libertad de 14 días[182] hasta 2 años o bien pena de multa/privación de libertad de 6 meses a 6 años) una pena total (Kap. 30 art. 3°), cuyo mínimo se toma del delito más grave, que se aumenta en relación con su máximo según el Kap. 26 art. 2° de acuerdo con la pena

[177] Hirsch, *GA* 1972, 68.

[178] Véase también Schubarth, *ZStW*, 85, 1973, 773.

[179] Véase *NK*-Paeffgen, 1997, § 18, marginal 22.

[180] Véanse las notas 88 y 137.

[181] De acuerdo con la nota 137.

[182] Pena mínima de acuerdo con el Kap. 26 § 1 (1) del Código Penal sueco.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

más alta hasta uno, dos o cuatro años.[183] Se aplicaría, por tanto, una pena de privación de libertad de entre 6 meses y 8 años, porque la pena mínima del homicidio imprudente como delito más grave asciende a 6 meses y en su máximo (seis años) puede ser elevada en dos años más (Kap. 26 art. 2° N° 2 combinado con el Kap. 3 art. 7.2). Trasladando el modelo sueco al derecho alemán la pena total para los §§ 222, 223 StGB sería de entre 1 mes y 7 años.

También va más allá del derecho alemán, finalmente, el concurso ideal en el derecho suizo. Según el llamado principio de acumulación relativa moderado del art. 68.1 del CP suizo,[184] que corresponde al art. 64, párrafo 2, AE,[185] la pena se eleva hasta la mitad, es decir, asciende según los §§ 222, 223 StGB entre un mes y siete años y medio; por lo tanto, muy cerca de la pena obtenida en aplicación del principio de acumulación relativa puro del § 54 StGB.

Tras este análisis, podría objetarse que las penas averiguadas, a pesar del aumento frente al principio de absorción, todavía quedan relativamente lejos de las penas previstas en § 227 StGB, es decir, un *mínimo* de entre 6 meses (España) y 2 años y 11 meses (Suecia, Suiza) y un *máximo* de entre 10, 8 y 7 años y medio. Esta crítica tiene dos inconvenientes. Por una parte, algunos autores defensores de los delitos cualificados por el resultado rechazan los marcos penales por considerarlos excesivamente elevados[186] y exigen reducciones concretas; como *Küpper*, que propone un límite superior de 10 años para la causación imprudente de una muerte.[187] Por otra parte, otros llaman la atención sobre el hecho de que, en caso de una lesión con resultado de

[183] De acuerdo con el Kap. 26 § 2 (2), la pena del delito más grave puede rebasarse en un año si es de menos de cuatro años (N° 1); en dos años si se sitúa entre cuatro y ocho años (N° 2); y en cuatro años si es de ocho años o más (N° 3). Véase también Cornils/Jareborg, *supra*, nota 10, p. 34.

[184] El aumento "conveniente" de las penas más graves, concretamente, es posible en *concreto* hasta la mitad y en abstracto delimitado por la cifra más alta del tipo de pena legalmente establecida (Art. 35, p. 2 del SchweizStGB: 20 años). Véase también Schubarth, *ZStW*, 85, 1973, 756 y s., 775.

[185] AE-*AT*, 2ª ed., Tübingen 1969, p. 124.

[186] Véanse las indicaciones en las notas 139 y 142.

[187] Küpper, *ZStW* 111 (1999), 802. Véase también *NK*-Paeffgen, StGB, 1997, § 18 marginal 140.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

muerte, normalmente se parte de una lesión peligrosa como delito básico,[188] donde es frecuente la comisión mediante un arma u otro instrumento peligroso o medios que ponen en peligro la vida.

Partiendo del castigo en concurso ideal de los §§ 222 y 224 StGB, la pena a aplicar en las lesiones peligrosas en un caso normal de aplicación del principio de absorción estaría entre *6 meses y 10 años* y, con la aplicación del principio de acumulación relativa, entre *7 meses y 15 años*. Según el principio *español* de acumulación relativa agravada, la pena a aplicar estará entre *5 años y 3 meses y 10 años*; según el derecho *sueco* entre *seis meses y 14 años*;[189] y según el principio de acumulación relativa suavizado del derecho *suizo*, la pena podría ascender hasta *15 años*.

En conclusión, se aplicarían las reglas del concurso cuando existiera un homicidio imprudente en concurso ideal con lesiones peligrosas (es decir, en el *caso clásico de lesiones con resultado de muerte*), no sólo en aplicación del principio puro de acumulación relativa en el sentido del derecho alemán de *lex data*, sino también de acuerdo con las reglas del concurso ideal en vigor en los derechos extranjeros estudiados, de forma casi exacta (España, Suecia) o exacta (Suiza) al aumento de pena previsto en el § 227 StGB; el derecho español, en este caso, tal y como propuso *Küpper*,[190] opera con un límite superior de 10 años. También por este motivo, el recurso a la lesión peligrosa es convincente, porque el § 224 StGB prevé con el peligro de muerte (art. 224, párrafo 1, N° 5) un modo de comisión que, desde siempre, según la doctrina mayoritaria, recoge la peligrosidad del delito con resultado de muerte[191] y cuya consideración más estricta fue seguida por ese motivo ya en las comisiones de derecho penal.[192]

[188] Si la lesión corporal conduce de hecho a la muerte de la víctima, fracasará la responsabilidad de conformidad con los §§ 227, 18 (o también según el § 222) porque la concurrencia de un resultado de muerte –así como el mero caso fortuito– no será previsible por el autor, de modo que él no habrá actuado con imprudencia.

[189] Véase la nota 184: aumento de la pena máxima del § 224 del StGB en cuatro años.

[190] Véase la nota 188.

[191] Véanse las indicaciones en la nota 143.

[192] Véase Jescheck, *supra*, nota 7, p. 247; Lange, ídem. pp. 256, 259.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Si bien la creación de un tipo de peligro autónomo, como es conocido en el derecho extranjero,[193] es criticada con razón[194] por extender la punibilidad de forma considerable, independientemente del resultado (de lesión),[195] tiene todo el sentido la idea subyacente, es decir, la mayor consideración y aplicación de la lesión con peligro de muerte, en relación con el homicidio imprudente, en caso de delito cualificado por el resultado de muerte. Esta solución no sólo asegura una pena más adecuada en la aplicación de las reglas de concurso, sino que supera la criticada evaluación de la punición del dolo del delito cualificado por el resultado,[196] porque demuestra la parte subjetiva del delito correspondiente (§§ 222, 224 StGB) de forma independiente, sin dolo por homicidio sino sólo dolo de peligro).

Para prevenir malentendidos: no se puede negar que la solución pragmática orientada a los marcos penales que se defiende aquí es el único intento notable que sirve de base para los delitos cualificados por el resultado en un moderno derecho penal de la culpabilidad, en unas circunstancias del injusto lo más comprensibles posible y que ahí puede residir un aumento de certeza del tipo frente a la solución por las reglas del concurso.

Cuando, por ejemplo, A da a B un puñetazo y, como consecuencia, éste cae por la ventana desde un cuarto piso y muere a causa del impacto, entonces se le atribuye a A una culpa más grave que si, durante una discusión, lanzara un jarrón por la ventana y matara a P, que pasaba por allí. La diferente gravedad de la culpabilidad en el derecho vigente en esta materia, se basa en que A en el primer caso estará sujeto a una pena grave según § 227 StGB y en el segundo caso la atenuada de §§ 223, 222, 52 StGB. El problema de este razonamiento reside justamente en que omite toda consideración a la *lex data*. Pero no puede ser rechazado sólo por este motivo.

[193] Véase art. 129 del SchweizStGB; véase también Kap. 3 § 9 del SchwedStGB, en Cornils/Jareborg, *supra*, nota 10, p. 63; Kap., p. 21 § 13 del Código Penal finlandés, *supra*, nota 167: "*A person who intentionally or through gross negligence places another in serious danger of losing his/her life or health, shall be sentenced, unless the same or a more severe penalty for the act is provided elsewhere in the law, for imperilment to a fine or to imprisonment for at most two years*" (itálica del autor).

[194] Véase Jescheck, *supra*, nota 7, p. 247. Lange, *supra*, nota 7, p. 259, que afirma que no busca un tipo de peligro autónomo, sino un tipo básico de lesión corporal con dolo de peligro excesivo.

[195] Véase Hirsch, *GA* 1972, 72.

[196] Véase *supra*, nota 157.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En cambio, si se aboga de *lege ferenda* por un cómputo diferente de la pena en caso de concurso ideal, se ofrece al tribunal de los hechos un marco penal suficientemente amplio, donde también pueden incluirse los casos de cualificación por el resultado (de *lex data* de hoy) de manera adecuada al injusto y a la culpabilidad y sólo quedaría por determinar si verdaderamente se debe insistir en la ventaja de la pretendida certeza típica que aportan los delitos cualificados por el resultado. No se debe pasar por alto que este aumento de certeza, en vista del conflicto con el principio de inmediatez y la, hasta el momento, heterogénea jurisprudencia[197] no es tan grande; además, la previsión de una pena diferenciada para los delitos cualificados por el resultado apenas puede considerarse convincente, en vista de los amplios marcos penales del § 227 StGB: 3 a 15 años.

Finalmente, resulta sensato y pragmático señalar que, incluso asumiendo tal aumento de certeza, éste queda más que contrarrestado no sólo por las contradicciones en los marcos penales de los delitos cualificados por el resultado, sino especialmente por las considerables dificultades teóricas y prácticas que surgen con la aplicación del derecho en los delitos cualificados por el resultado. Estas dificultades consumen recursos que, de otra forma, se podrían dedicar a la investigación de nuevas materias jurídicas y a la lucha contra nuevas formas de criminalidad.[198]

IV. CONCLUSIÓN

Desde un punto de vista de derecho comparado, el derecho alemán ha elegido un camino intermedio entre el derecho italiano

[197] Véase *NK*-Paeffgen, StGB (1997), § 18, marginales 69 y ss.; § 226 marginal 8; Küpper, *FS Hirsch*, p. 629.

[198] Además, estas ideas empujan a los investigadores más jóvenes –sin exceptuar al autor de estas líneas– a tomar una posición sobre un tema, respecto al cual todo lo esencial ya se ha dicho. Así, aparecen nuevas aportaciones acerca del caos colectivo de la dogmática jurídico-penal alemana denunciado por Burkhardt, que espero tengan alguna aplicabilidad a diferencia de otras muchas (véase Burkhardt, "Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik", en, Eser/Hassemer/Burkhardt (Coord.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 111 y ss.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

y el español. Mientras el modelo italiano no parece digno de imitación a causa de sus tendencias penales de punibilidad del resultado y la consiguiente infracción del principio de culpabilidad,[199] el derecho español supone una opción que lleva a una ausencia de delitos cualificados por el resultado. Los principales casos, en especial ante la cualificación por muerte, se solucionan a través de las reglas generales de solución de concurso. Si se considera el marco penal disponible como la medida más adecuada para expresar correctamente el injusto y la culpabilidad, entonces resulta de una comparación entre el castigo de la lesión con resultado de muerte como delito cualificado por el resultado y su castigo con reglas de concurso –en los derechos español, sueco y suizo– que la última solución también trae consigo un castigo adecuado, reforzando, por un lado, el principio de absorción del derecho alemán y reduciendo, por otro, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el marco penal de la cualificación por el resultado.

Si se puede verificar esta conclusión también respecto a otros delitos cualificados por el resultado, entonces surge un argumento básico contra su supresión, consistente en que las valoraciones típicas no deben ser aplazadas hasta la individualización de la pena. Sin embargo, éste puede no ser decisivo frente a los problemas de fondo tanto teóricos como prácticos vinculados a los delitos cualificados por el resultado. Con razón el legislador sueco estableció la derogación de los delitos cualificados por el resultado, entre otros motivos, para la consecución de una mayor claridad y sencillez de las disposiciones legales.[200] La carga de la prueba revierte, entonces, en los que defienden la necesidad de los delitos cualificados por el resultado: son ellos quienes tienen que demostrar que estos delitos son imprescindibles para una justicia penal ordenada y no sólo por consideraciones de principios ni tampoco por los conocidos motivos de facilitación de prueba.

[199] Restrictivamente la EGMR, notas 36 y ss.

[200] Véase "Nytt Juridiskt Arkiv II", *Tidskrift for lagstiftning*, 1962, p. 92; Träskman, *supra*, nota 161.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ANEXO

NORMAS DEL StGB[201] CITADAS EN EL TEXTO

§ 8. Tiempo del hecho:

Un hecho se comete en el momento en el cual el autor o el partícipe ha actuado o en los casos de omisión cuando debería haber actuado. La producción del resultado no es determinante.

§ 18. Pena más grave en consecuencias especiales del hecho:

Si la ley asocia una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, entonces ella sólo se aplica al autor o partícipe cuando a él se le carga esta consecuencia al menos culposamente.

§ 38. Duración de la pena privativa de libertad:

1) La pena privativa de libertad es temporal si la ley no conmina con pena privativa de libertad perpetua.

2) El máximo de la pena privativa de libertad temporal es de quince años y el mínimo de un mes.

§ 52. Unidad de hecho:

1) Si se quebrantan con la misma acción varias leyes penales o la misma varias veces, entonces sólo se aplicará una pena.

2) 1. Si se quebrantan varias leyes penales, entonces la pena se determinará de acuerdo con la ley que conmina con la pena más grave. 2. La pena no puede ser inferior a lo admitido por las otras leyes penales aplicables.

3) La multa puede imponerla el tribunal bajo los presupuestos del art. 41 en forma separada, pero junto a la pena privativa de la libertad.

4) 1. Si se permite la pena pecuniaria en la ley aplicable, entonces puede el tribunal reconocer por separado una pena de privación de libertad perpetua o temporal de más de dos años. 2. Por lo demás, se debe o se puede reconocer las penas accesorias, las consecuencias accesorias y las medidas conforme al art. 11 inciso 1, numeral 8, cuando una de las leyes aplicables lo prescribe o lo permite.

[201] Traducción al español en Código Penal alemán (StGB), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, López Díaz, C., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

§ 54. Conformación de la pena global:

1) 1. Si una de las penas únicas es la pena privativa de la libertad, entonces se impondrá como pena global la pena privativa de la libertad perpetua. 2. En los restantes casos la pena global será la conformada a través de la elevación de la pena más grave en que se ha incurrido. En penas de distinta clase la pena global se conformará mediante elevación de la pena de la clase más alta. 3. Para ello se evalúan conjuntamente la personalidad del autor y las particularidades de los hechos punibles.

2) 1. La pena global no puede alcanzar la suma de las penas particulares. 2. La pena global no puede superar en los casos de pena privativa de la libertad temporal quince años; en los casos de pena pecuniaria, el valor del patrimonio del autor, y en los casos de multa, 720 importes diarios. El art. 43 a inciso 1 tercera frase rige en lo pertinente.

3) Si debe conformarse una pena global de una pena privativa de libertad y de una pena de multa, entonces para la determinación de la suma de las penas únicas un importe diario corresponde a un día de pena privativa de la libertad.

§ 211. Asesinato:

1) El asesino se castigará con pena privativa de la libertad de por vida.

2) Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho para encubrirlo, mata a un ser humano.

§ 212. Homicidio:

1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de libertad no inferior a cinco años.

2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de libertad de por vida.

§ 222. Homicidio culposo:

Quien cause la muerte de una persona por imprudencia, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

§ 223. Lesión corporal:

1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa.

2) La tentativa es punible.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

§ 224. Lesión corporal peligrosa:

1) Quien cometa la lesión corporal: 1. por medio de la administración de veneno u otras sustancias nocivas para la salud; 2. por medio de un arma u otras herramientas peligrosas; 3. por medio de un atraco aleve; 4. con otro partícipe conjuntamente, o 5. por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida, estará sujeto a la pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años; en los casos menos graves con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.

2) La tentativa es punible.

§ 226. Lesión corporal grave:

1) Si la lesión corporal tiene como consecuencia que la persona lesionada: 1. pierda la visión de uno o de los dos ojos, el oído, el habla o la capacidad reproductora; 2. pierda un miembro importante del cuerpo y no lo pueda utilizar permanentemente, o 3. quede desfigurado permanentemente de manera considerable o caiga en padecimiento físico habitual, paralización o enfermedad mental o discapacitación, entonces la pena será de prisión de uno a diez años.

2) Si el autor causa intencional y deliberadamente una de las consecuencias señaladas en el inciso 1, entonces la pena privativa de la libertad no será inferior a tres años. En casos menos graves del inciso 1 deberá imponerse pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años; en casos menos graves del inciso 2 la pena privativa de la libertad es de uno hasta diez años.

§ 227. Lesión corporal con consecuencia de muerte:

1) Si el autor ha causado la muerte por medio de la lesión personal (arts. 223-226), entonces la pena es de privación de la libertad no inferior a tres años.

2) En casos menos graves se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta diez años.

§ 251. Robo con resultado de muerte:

Si el autor causa al menos por imprudencia la muerte de otra persona por medio de robo con violencia o con intimidación en las personas (arts. 249 y 250), entonces el castigo será de pena privativa de libertad de por vida o pena privativa de libertad no inferior a 10 años.

§ 306. Incendio:

1) Quien destruya total o parcialmente por medio de incendio o ponga fuego a: 1. edificios o cabañas, 2. industrias o instalacio-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nes técnicas, especialmente máquinas; 3. bodegas o existencias de mercaderías; 4. vehículos automotores, de rieles, aéreos y acuáticos; 5. bosques, estepas o pantanos, o 6. instalaciones o productos agrícolas, alimentarios y forestales, será castigado con pena privativa de la libertad de uno a diez años.

2) En casos menos graves el castigo será pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

§ 306 d. Incendio culposo:

1) Quien en los casos del art. 306, inciso 1, o art. 306 a, inciso 1, actúe culposamente o en los casos del 306 a, inciso 2, cause culposamente el peligro será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

2) Quien en los casos del art. 306 a, inciso 2, actúe culposamente y cause culposamente el peligro será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

§ 306 f. Provocación de un peligro de incendio:

1) Quien fumando o por medio de fuego o luz ardiente, o tirando objetos encendidos o candentes o de otra manera ponga en peligro de incendio: 1. empresas y plantas inflamables; 2. plantas o empresas agrícolas o alimentarias en las cuales se encuentren sus productos; 3. bosques, estepas o pantanos; 4. campos sembrados o productos agrícolas fácilmente inflamables que se encuentran almacenados en campos, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años con multa.

2) De igual manera será castigado quien ponga en peligro de incendio una de las cosas implicadas en el inciso 1, numerales 1 y 4, y de esta manera ponga en peligro la integridad física y la vida de otra persona o cosas ajenas de considerable valor.

3) Quien en los casos del inciso 1 actúe culposamente o en los casos del inciso 2 cause culposamente el peligro, será castigado con pena privativa de libertad hasta un año o con multa.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LEGISLACIÓN PENAL DE DROGAS EN PAÍSES BAJOS (NL), ALEMANIA (D), ESPAÑA (E), GRAN BRETAÑA (GB) Y DINAMARCA (DK) A LA VISTA DE LA ARMONIZACIÓN LEGAL*

Con colaboración de Christian Steiner**

I. INTRODUCCIÓN

La política de drogas sigue siendo uno de los campos políticos más *controvertidos*. Y hay pocas áreas legales tan expuestas a la crítica como lo está la normativa legal especial que trata la delincuencia vinculada al tráfico de drogas. Hay que admitir que en esta área no ha habido muchos cambios en las últimas décadas y ello se debe presumiblemente más a la *desorientación generalizada* de los responsables para tomar decisiones que a la falta de iniciativa por parte del legislador. Aparentemente existe unanimidad en cuanto a que la erradicación de la delincuencia vinculada al tráfico de drogas –al menos en tanto se mantenga en vigor la actual política de prohibición– ya no se considera posible y que por ello las actividades se centran sobre todo en la reducción de daños *(harm reduction)*. Es, por otro lado, perfectamente comprensible que la ausencia de cambios fundamentales se dé en la misma medida que el *desconocimiento* existente sobre las *bases empíricas* respecto a la envergadura y las causas de la delincuencia y el consumo de drogas.

La comparación realizada a continuación de cinco ordenamientos jurídicos muy distintos tiene el objetivo de dar una *base sólida*

* Ponencia revisada que fue presentada en el Seminario Técnico "Armonización Legislativa en Materia de Drogas", organizado por la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD) por encargo de la Comisión Europea, celebrado en Lisboa, del 4 al 6 de octubre de 2000.

** Christian Steiner fue colaborador científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional al momento de preparar el artículo. Revisión de la traducción por Teresa Manso, colaboradora científica en el Instituto y los autores.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

para la discusión que se pretende mantener en el marco de este seminario sobre armonización legal en los países del Acuerdo de Cartagena. Sin embargo es necesario añadir que la comparativa que aquí se presenta es sólo un *extracto* de las leyes y políticas de drogas de los países objeto de análisis. Además hay que tener en cuenta que la *valoración* de las ventajas y desventajas de las normativas legales comparadas es extremadamente *difícil*, porque el éxito de una cierta legislación no sólo puede valorarse partiendo de las cifras obtenidas en su área de vigencia respecto a delitos de drogas, drogadictos, etc.[1]

Cuando a continuación contemplo la imposición de penas por delitos de drogas, no quiero suscitar la idea de que el derecho penal sea el único ámbito jurídico que trate la problemática de las drogas.[2] En la puesta en práctica de la lucha contra las drogas mediante medidas de reducción de daños, prevención y tratamiento y, finalmente, de carácter represivo, la legislación penal juega por norma general el papel decisivo únicamente en el ámbito de la represión, aunque en casos individuales –como por ejemplo en Francia– también se utiliza como medio coercitivo ajeno a la legislación penal para imponer –de forma bastante cuestionable– una terapia a los drogadictos. Desde el punto de vista legal, comparado, por ejemplo, con el derecho administrativo, el derecho penal juega, desde luego, el papel principal, porque hoy por hoy el punto esencial de la política de drogas sigue siendo la represión. Los grupos contra quienes se dirige son los consumidores (es decir, drogodependientes), comerciantes y fabricantes de drogas ilegales.

Finalmente no debe pasarse por alto que la *situación legal* tal cual se nos presenta en la ley, sólo da una idea limitada sobre cómo se combate la delincuencia vinculada al tráfico de drogas en la *práctica*. Un ejemplo muy claro puede verse en los Países Bajos, en don-

[1] Por ello la creación del programa COST A6 en el año 1992; véase Derks/v. Kalmthout/Albrecht, en los mismos (eds.), *Current and future Drug Policy Studies in Europe*, Freiburg 1999, pp. 2 y ss. Referente a la situación de partida y la definición de los objetivos, ibíd., p. 3. Referente a la fundamentación de una metódica apta y conceptos para la investigación comparativa de la política europea de drogas: Albrecht/van Kalmthout, en Derks/v. Kalmthout/Albrecht, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; véanse también las dudas acerca de las afirmaciones de estadísticas estatales de *Hauge*, en Derks/v. Kalmthout/Albrecht, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

[2] Para propuestas para la utilización equitativa de distintos instrumentos de la política de drogas ver Farrell, Griffiths y Strang, en Derks/v. Kalmthout/Albrecht (eds.), *supra*, nota 2, pp. 89 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de –como veremos más adelante– sólo se ha despenalizado el consumo de drogas en sí. La política de drogas de aquel país tiene fama de una extraordinaria liberalidad,[3] lo que se debe también a la propia ley neerlandesa del opio (*Opiumwet*), que castiga con menor severidad generalmente aquellos delitos cometidos con las llamadas drogas blandas que los cometidos con las llamadas drogas duras. Pero se debe sobre todo a la moderada aplicación de las disposiciones legales por los órganos de persecución penal neerlandeses. Es difícil de contestar si –y en qué medida– una posible armonización de las leyes puede, y sobre todo si debe, también repercutirse sobre el uso del principio de oportunidad procesal, cuando este principio sirve todavía a las autoridades nacionales –e incluso a veces a las regionales– para reaccionar de distinta forma a variaciones en la opinión pública referentes a la punibilidad de determinados comportamientos.

II. PUNIBILIDAD DE DELITOS DE DROGAS EN LOS PAÍSES COMPARADOS

Contemplemos por lo tanto la punibilidad de los delitos de drogas en los Países Bajos,[4] Alemania,[5] España, Gran Bretaña y Dinamarca.[6]

1. Fuentes legales

Las disposiciones especiales aplicables se encuentran parcialmente en los propios Códigos Penales de los diferentes países, como por ejemplo en España y, al menos en parte, en Dinamarca. En los

[3] Ver esta imagen Beeridge, "The need for historical policy perspectives", en Derks/van Kalmthout/Albrecht, *supra*, 1, p. 73.

[4] Ver de modo general Sagel-Grande, "Die niederländische Drogenpolitik, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" (*ZStW*) 109 (1997), pp. 923 a 949; Wever, en Derks/van Kalmthout/Albrecht, *supra*, nota 1, pp. 263 ss.

[5] Albrecht, "Drug policies and drug problems in the Federal Republic of Germany", en Derks/van Kalmthout/Albrecht, *supra*, nota 1, pp. 181 ss.

[6] Ver de modo general Laursen, en Derks/van Kalmthout/Albrecht, *supra*, nota 1, pp. 303 ss. Para el contexto escandinavio ver Albrecht/van Kalmthout, en ibíd., pp. 21 s.; Hauge, "Problems in comparative statistical studies of drugs", en ibíd., pp. 45 ss. (52 ss.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Países Bajos, Alemania, respecto a otra parte en Dinamarca, y sobre todo en Gran Bretaña, la punibilidad de los delitos de drogas se regula en leyes especiales, como la ley neerlandesa del opio (*Opiumwet*), la ley alemana de estupefacientes (*Betäubungsmittelgesetz* – BtMG),[7] el *Euphoriant Drugs Act Danesa* (EDA) y finalmente, en Gran Bretaña, el Misuse of Drugs Act 1971 (MDA) y el Customs and Excise Management Act 1979 (CEMA).

2. Criterios de diferenciación

En la tabla hemos dividido los tipos dolosos relevantes en tres grupos principales: en las columnas tituladas con cifras romanas I a III se reseñan las conductas que no se realizan para el consumo o uso propio. A la derecha, se encuentran dos columnas en las que se exponen particularidades para los distintos delitos cuando se comete para el uso propio y/o en las que sólo interviene poca cantidad de droga. Se han omitido aquellos tipos penales especiales que conciernen a deberes específicos de actuar, por ejemplo, de médicos o farmacéuticos o que conciernen a delitos auxiliares, como por ejemplo elaboración, comercio, etc., con substancias y equipamientos empleados para el tráfico de estupefacientes (compárese, por ejemplo, el art. 371 del CP español). Debajo, se encontrarán las consecuencias penales que cada país anuda a los comportamientos descritos en la parte superior.

Reconocemos, por lo tanto, una serie de *elementos de diferenciación* al nivel del tipo y de las consecuencias jurídicas: en primer lugar, se diferencia en mayor o menor grado según determinadas acciones delictivas, así como –desde el punto de vista subjetivo– entre su comisión dolosa o imprudente. En segundo lugar, tiene importancia la *cantidad* de droga que constituye el objeto del delito, parte ya en el aspecto de la tipicidad, parte en las consecuencias jurídicas, y parte en la persecución penal. En tercer lugar, todos los ordenamientos jurídicos diferencian, aunque en distinta medida, según la peligrosidad de las drogas objeto del delito. Y finalmente, en la parte de las consecuencias jurídicas, algunos ordenamientos jurídicos definen modalidades agravantes de comisión de forma más concreta que otros.

La distribución de la tabla en tres grupos de conductas delictivas dolosas al lado del delito imprudente no se corresponde con la sistemática de todos los ordenamientos jurídicos tratados. La división en *tres formas de comisión dolosa* se da en las legislaciones neerlandesa y británica, que tienen un marco legal diferente para la importación y exportación de drogas (columna I), delitos de elaboración, compra, entrega, tráfico, etc. (columna II), y finalmente la simple *tenencia para consumo o uso propio* (columna III). También la legislación española diferencia el tratamiento de la simple *tenencia para consumo propio*, no contemplándolo como acto punible. Únicamente la legislación alemana trata la tenencia para el consumo propio igual que las demás conductas delictivas, al menos según el tenor literal de la ley. Aunque el derecho danés castigue la tenencia para consumo propio, no lo hace, como veremos más adelante, según su Código Penal [CPdan],[8] que siempre presupone un dolo específico de expendio/entrega, sino según el Euphoriant Drugs Act (EDA).

3. Comparación de los actos típicos en concreto

Cuando se contemplan las conductas delictivas, en primer lugar, llama la atención que el *simple consumo* de drogas en general *no es punible*. Aquí Gran Bretaña es la excepción, al castigar, en el MDA, Capítulo 4, Sección 9, incluso la inhalación de opio. Por otro lado, se presenta la pregunta de si –aparte de la evidentemente diferente penalización de la tenencia para consumo propio (más adelante se verá con más detalle)– en un ordenamiento jurídico se permiten determinados comportamientos que en otros se prohíben. La simple lectura de las leyes no da una respuesta satisfactoria a esta pregunta. Sólo una confrontación en profundidad con la jurisprudencia aplicable de los Estados objeto de la comparación puede dar esa respuesta. Sin embargo, se puede partir de la base de

[7] Por primera vez en parte traducida en Ambos, "Control de Drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas" (con anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América Latina, EE.UU. y Europa). Bogotá (Editorial Gustavo Ibáñez), 1998, pp. 381 y ss.

[8] Ver para el texto Cornils/Greve, *Das dänische Strafgesetz-Straffeloven. Zweisprachige Ausgabe* (edición danés-alemán). Freiburg im Breisgau, 1997 (actualización 1998).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que los órganos competentes de la persecución penal, incluyendo los tribunales, persiguen, dentro del marco de una interpretación posible, la penalización de cualquier comportamiento susceptible de constituir delito, a pesar de que el texto legal ofrezca una base limitada en distintos casos. Ya en las múltiples y a veces muy distintas formulaciones de las distintas disposiciones legales puede reconocerse el esfuerzo de los legisladores nacionales de criminalizar en la medida de lo posible cualquier comportamiento delictivo en relación con la elaboración, transporte, venta, entrega, compra, etc. Lo que un legislador (por ejemplo, el alemán) intenta plasmar mediante una *enumeración detallada* de posibles comportamientos delictivos (los así denominados tipos penales cerrados), otros lo sancionan con una *cláusula abierta o salvatoria* (por ejemplo, en España), que de forma generalizada contempla otros comportamientos referentes al consumo ilegal de drogas (el así denominado tipo penal abierto).[9] Aquel corre el riesgo de dejar lagunas de punibilidad por querer reflejar tipos penales claros y determinados para cumplir con las exigencias constitucionales; el otro se mueve al borde de lo defendible en un Estado de Derecho o incluso se aparta del mismo, como coinciden muchos colegas españoles acerca de lo dispuesto por el legislador en el art. 368 del CP.[10]

Sin embargo, es cuestionable, en su justificación y necesidad, la tipificación en calidad de *autoría* de actos que por su naturaleza y tomando en cuenta el hecho principal (por ej., la venta de drogas) en realidad representan *actos participativos*. Así el CP español considera autores a aquellas personas que de alguna forma promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas. De la misma forma la ley alemana (BtMG) transforma los actos participativos en actos de autoría cuando sanciona, por separado, la participación, obtención y concesión de una oportunidad de consumo indebido, compra, etc., de drogas, o la inducción al consumo indebido de estupefacientes, en vez de dejar la contemplación de tales comportamientos únicamente a las reglas sobre complicidad del derecho penal general. Una ampliación similar, igualmente cuestionable, del campo de aplicación de las disposiciones del

[9] Referente a estos términos, véase Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas I*, Barcelona 1999, p. 99.

[10] Comp. sobre la crítica de la literatura española en la cláusula subsidiaria del art. 368 del CP, Jubert, *supra*, nota 10, pp. 176 y 177, con numerosas pruebas en nota 151.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

derecho de drogas puede observarse en que simples *conductas de preparación* que en esencia son meros actos preparatorios se convierten en conductas delictivas. Por ejemplo, en el caso del MDA británico, que no sólo castiga el suministro, sino impone una sanción por el simple ofrecimiento de suministrar una sustancia controlada.

Cuando se contempla el abanico de conductas delictivas, es –a pesar de todas las diferencias– reconocible un *núcleo de conductas* que todos los legisladores consideran punible. Las diferencias de criterio se encuentran sobre todo en la cuestión de la tenencia de drogas y en las conductas delictivas que no son aptas o no están dirigidas a ampliar el ámbito de consumidores de drogas en la sociedad.

a) En este núcleo de conductas punibles se encuentra, en primer lugar, la *importación y exportación* ilegal de sustancias estupefacientes, que en todos los ordenamientos jurídicos comparados (excepto –expresamente– en el español) están castigadas con penas importantes. Cuando el legislador *alemán* ha incluido, además de ello, la conducción en *tránsito* en el tipo penal, quiere recoger con ello aquellos casos en los que las sustancias estupefacientes pasan por el área de vigencia de la ley alemana (BtMG), es decir, por el territorio nacional, sin que en esta fase la sustancia estupefaciente sea puesta realmente a disposición de alguna persona en este territorio. Esto ocurre, por ejemplo, en el tráfico aéreo, cuando el viajero no tiene acceso a su equipaje durante su estancia de tránsito, pero la sustancia estupefaciente es detectada por un perro policía.[11] El legislador *español* pudo evitar referirse expresamente a la importación, exportación y tránsito, porque estas conductas generalmente se consideran abarcadas por el tráfico o comercio con sustancias estupefacientes, definido en el art. 15 de la ley española de drogas de 1967.[12] El legislador *alemán* contempló esta situación de forma similar, pero también consideró la posibilidad de la importación y exportación sin tráfico (que implica, por tanto, importación y exportación) y lo refleja en el art. 29 I, frase 1, Nº 1, de la BtMG. Por lo tanto, al igual que el legislador español, partió de la base que el tráfico incluye la importación y exportación, pero a di-

[11] Véase Körner, *Betäubungsmittelgesetz*, Munich, 3ª ed. 1994, art. 29, notas marginales (nm.) 877 y ss.

[12] Véase Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas*, Valencia, 1999, pp. 53 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ferencia de aquél, no consideró que cada importación/exportación sea, a su vez, simultáneamente tráfico.

b) La *fabricación* de sustancias estupefacientes, igual de qué forma, en todos los países comparados está castigada. Adicionalmente se menciona, en algunos casos, la preparación, manipulación y elaboración. En último extremo, las conductas anteriormente mencionadas deberían poderse incluir bajo el término "fabricación". El legislador *alemán* se ha asegurado de ello mediante una definición legal, según la cual se entiende por fabricación de una sustancia estupefaciente su obtención, preparación, manipulación, elaboración, purificación y transformación (art. 2°, I N° 4, BtMG). Esto corresponde más o menos a la definición terminológica de la Convención Única de la ONU de 1961, que incluye "todos los procedimientos, distintos de la producción, que permitan obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros" (art. 1° (1) (n)).[13] Sin embargo, semejante definición legal únicamente limita el ámbito de la punibilidad si los tribunales realmente se abstienen de pronunciar una sentencia condenatoria en caso de conductas que no caben dentro de la definición legal.

En la dogmática *española* se utiliza ampliamente el término "elaboración", que no sólo incluye la transformación de una materia prima en otra, sino que incluye también la obtención de estas sustancias.[14] La jurisprudencia *británica* tuvo, sin embargo, mayores dificultades para la definición de términos, entre otras cosas, porque el término "*production*" (Sec. 37 (1) MDA) sólo incluye el cultivo de una planta cuando la planta misma constituya una sustancia controlada, es decir, no en aquellos casos en los que la sustancia deba ser obtenida previamente de la planta. Mientras que al principio la tipificación separada del cultivo de la planta de Cannabis estaba justificada por el hecho de que sólo partes de ésta eran sustancias controladas, según *Fortson* ya no hay motivos para una diferenciación legal para el cultivo de la planta de Cannabis, ya que ésta ha sido declarada en su totalidad como sustancia controlada.[15]

[13] En castellano en Velásquez, *Las drogas*, Medellín 1989, pp. 255 y ss.

[14] Véase Rey Huidobro, *supra*, nota 12, pp. 51 y 52; y también Jubert, *supra*, nota 10, p. 128.

[15] Véase Fortson, *Misuse of Drug and Drug Trafficking Offences*, Londres, 1996, pp. 145 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Queda claro, por tanto, que la diferencia esencial entre los ordenamientos jurídicos con relación a la fabricación, producción, preparación, cultivo, etc., no consiste en que este o aquel ordenamiento jurídico pretenda despenalizar conductas delictivas *en sí*, sino que –al igual que acontece también en el marco de los actos de compra y tenencia– las diferenciaciones esenciales se hacen en el marco del *propósito de empleo (dolus specialis)*. En breve entraré en ello con más detalle.

El *tercer* complejo grande de las conductas punibles comprende lo que el legislador español describe simplemente con el término de *tráfico* (véase columna II de la *tabla*). Los otros ordenamientos jurídicos precisan este aspecto de la *transmisión* a terceros y de la *adquisición* de terceros con formulaciones como puesta a disposición, transporte, suministro, venta, compra, recepción, entrega o puesta en circulación o adquisición de cualquier otra forma. Se evidencia claramente la intención de frenar la difusión del consumo de sustancias estupefacientes. Es entonces consecuente que el legislador español haga de esta idea un elemento propio general del tipo de los delitos de droga. Digamos, como apunte al margen, que con ello el legislador español a la vez impone a los órganos de persecución penal la carga de la prueba de la existencia del correspondiente dolo del autor.

Deben quedar por ello comprendidos en principio no sólo actos de distribución para fines de adquisición, sino *cualquier forma de difusión* de las sustancias prohibidas. El CP *danés* prevé en tal sentido claramente una limitación al someter todas las conductas delictivas, es decir, también la compra y el suministro, a la condición de que se haga con el dolo de entregar las drogas a un número mayor de personas o a cambio de contraprestaciones económicas significativas o en otras circunstancias agravantes (art. 191 CPdan). Sin embargo, esto no afecta la persecución penal según el EDAdan, que no exige este dolo específico de entrega; pero la punibilidad es en estos casos significativamente menor.

c) A causa de su especial tratamiento por los distintos ordenamientos jurídicos, quiero esperar al final para entrar en el tratamiento de la comisión del delito por *tenencia* (véase columna III de la *tabla*), junto con las circunstancias especiales referidas a cantidades pequeñas y disposiciones para el consumo propio.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

4. Comparación de los distintos marcos penales

a) En primer lugar, dirijamos nuestra atención a los distintos marcos penales: La *ley misma* –sin considerar la *práctica* de la determinación de la pena– diferencia en todos los países aquí comparados –excepto en Alemania– entre drogas "duras" y "blandas", es decir, entre drogas más o menos peligrosas. En los *Países Bajos* la Ley del Opio prevé marcos propios dependiendo de si se trata de drogas "duras" o "blandas" (art. 10 en ref. a 2 o resp. art. 11 en ref. a 3). Lo mismo es válido para *Gran Bretaña,* país en que se ha realizado de forma clara una distinción entre tres sustancias controladas (Schedule 1 MDA). Sus clases A y B se corresponden en gran medida con la categoría de drogas "duras" en los Países Bajos, si bien es cierto que las drogas de la clase A, con penas que llegan hasta la cadena perpetua, amenazan con una puniblidad claramente mayor que en el caso de las drogas de la clase B, para las que pueden imponerse hasta 14 años de pena privativa de libertad (véase, p. ej., Schedule 4 Sec. 4 (2) MDA). La clase C británica, es decir, más o menos la categoría de drogas blandas en Países Bajos, se diferencia con claridad de las drogas peligrosas en lo que a penas máximas se refiere.

En el derecho *danés* se realiza una clasificación de las drogas por el EDA, que, sin embargo, tiene solo carácter formal. Porque la Cannabis, que según esta clasificación cae bajo las drogas especialmente peligrosas, está tratada en la práctica en el marco del art. 191 del CP danés como droga de peligrosidad normal, de forma que el marco legal más severo no encuentra aplicación en el caso de esta droga. Al contrario, el CP español no realiza clasificación alguna de las drogas. Pero ambas leyes, tanto el CP danés como el español, prevén importantes *circunstancias agravantes de las penas,* cuando el objeto del hecho delictivo sean "sustancias altamente nocivas para la salud" o "sustancias especialmente peligrosas o dañinas". Y si bien estas cláusulas generales permiten a los tribunales reaccionar con mayor flexibilidad a nuevos conocimientos sobre la peligrosidad concreta de determinadas sustancias, también crean, por contra, inseguridad legal, porque a partir de la calificación de una sustancia como especialmente peligrosa, la punibilidad se ve afectada significativamente (en España, de 1 a 3 años aumenta a 3 a 9 años, en caso de que no haya agravantes adicionales; en Dinamarca de 6 a 10 años de pena privativa de libertad, igualmente si no hay agravantes).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Únicamente la BtMG *alemana* prescinde de un tratamiento legal especial de las drogas peligrosas, por ejemplo, con aumento de las penas. El legislador alemán deja, por tanto, los criterios de peligrosidad y potencial de adicción de la droga a la apreciación del juez en la determinación de la duración de la pena, que debe mantenerse dentro de un marco unificado para todas las drogas.[16]

b) ¿Qué *pena máxima* espera a un delincuente de drogas en los distintos países comparados?

De todos, la pena más severa se da en *Gran Bretaña* con la *cadena perpetua.* Desde luego, únicamente se puede dar en los casos de conductas delictivas que impliquen drogas de la clase A, pero en todas las conductas, excepto en el caso de la simple tenencia de drogas. Ni la MDA ni la CEMA británicas proporcionan al juez directrices para la determinación de la pena, como pudiera ser en forma de ejemplos-regla (por norma, *Regelbeispiele*) o tipos agravados. Sin embargo, ha habido una serie de sentencias que han desarrollado, con sus fundamentos, directrices para la determinación de la pena (*sentencing guidelines*), dependiendo de la *cantidad de droga* objeto del hecho delictivo.[17] Pero estas directrices no deberían vincular a los tribunales hasta tal punto de que no puedan tener en absoluto en cuenta otros criterios de determinación de la pena, como por ejemplo los antecedentes del delincuente.

También las sanciones previstas por las leyes españolas, con sus *20, 25 años* de penas privativas de libertad para el caso de coincidencia de distintos agravantes penales, son de una gran severidad; en este caso tiene que tratarse de una sustancia altamente nociva para la salud y el autor tiene que haber incurrido en una de las modalidades de comisión especialmente graves referidas en el art. 369 del Código Penal español [CPesp] (véanse arts. 368, 369, 370, en ref. al art. 70). El CP, que en la regulación de las conductas típicas básicas delictivas es conscientemente escaso de palabras pero a la vez tan omnicomprensivo en cuanto a los supuestos que abarca, realiza en su art. 369 una enumeración detallada de las cir-

[16] Véase Körner, *supra,* nota 11, art. 29, nm. 6.

[17] Para casos que han contribuido a la redacción de estas *sentencing guidelines,* como p. ej., Aramah (1982) 76, *Criminal Appeals Reports (CrimAppR)* 190, *Bilinski* (1988) 86 *CrimAppR* 156, y Aranguren (1994), *CrimAppR* 347, así como ejemplos de directrices correspondientes, véase Fortson, *supra,* nota 15, pp. 442 y ss. El campo de aplicación limitado (p. ej., para drogas de la clase A en forma de polvo – *Aranguren*) de estas decisiones de jueces en parte encuentra controversia.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cunstancias agravantes. La pena mínima para cada delito de drogas en España puede explicarse únicamente teniendo en cuenta el tratamiento relativamente liberal de la tenencia de drogas para el consumo propio. Pero no hay que olvidar aquí que el marco de penas referidas para las distintas conductas delictivas no representa límites definitivos para el juez. El CP más bien deja –como puede verse en los arts. 66 y 70 CP– a la apreciación de los jueces tanto los límites mínimos como los máximos de las penas en presencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Otros ordenamientos jurídicos que también castigan la tenencia neutral frente a terceros (como en el caso de la BtMG alemana) tienen que reflejar obligatoriamente unas penas mínimas menores.

La pena máxima para delitos según la *BtMG alemana* son los *15 años* generales de las penas privativas de libertad indicadas en el art. 38 II del CP alemán (*Strafgesetzbuch* – StGB). Para esta pena se requieren circunstancias especialmente agravantes.

El CP *danés* prevé, con sus 10 años de reclusión en centro penitenciario, un límite máximo más bien "suave" cuando se trata de una cantidad significativa de una sustancia especialmente peligrosa o nociva o cuando el hecho delictivo tenga un caracter especialmente peligroso. Sin embargo, en el caso de que se den circunstancias especialmente agravantes, la pena máxima puede ser aumentada, según el art. 88 I del CPdan, a *15 años* de reclusión.

La ley *neerlandesa* del opio considera especialmente punible la importación y exportación de drogas en comparación con los demás delitos y amenaza con una pena máxima de *12 años* de privación de libertad (art. 10 IV, 2 I A nlOpG). Una severidad semejante se da también en la legislación británica (secc. 3 MDA en ref. a secc. 50 (4) y 68 (3) de la CEMA).

Las *causales de agravación de las penas* de los Códigos Penales español y danés y de la Ley de Drogas alemana vinculan el fin de protección de las normas en lo fundamental a *criterios específicos de drogas*, como es el peligro especial de la extensión del consumo de drogas, la peligrosidad especial (según la ley holandesa, el MDA y CEMA británico) o la gran cantidad de sustancias (como en las anteriormente mencionadas *sentencing guidelines*), la necesidad especial de protección de los consumidores potenciales ("víctimas") o la especial responsabilidad de determinados grupos sociales del lado de los autores. Tanto la legislación danesa como la española aumentan, además, el marco penal para delitos específicos de droga en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

virtud de disposiciones *generales* cuando haya circunstancias agravantes de cualquier otra índole. Por contra, la ley alemana ha previsto estas circunstancias agravantes generales en los tipos penales correspondientes de la BtMG, *inter alia* por la concepción particular de la legislación penal especial en el derecho penal alemán.

5. Consideración especial: el tratamiento de la tenencia de drogas

Para finalizar quiero examinar la tenencia, pero también otras conductas en caso de *cantidades pequeñas* de droga y/o de *consumo propio*, que en los ordenamientos jurídicos comparados reciben un tratamiento bien distinto.

El único ordenamiento jurídico que *legalmente* no da un tratamiento separado, ni exime de penalización, ni a la simple tenencia para el consumo propio, ni a posibles conductas delictivas en caso de cantidades menores, es el *británico*. Sin embargo, la jurisprudencia relevante demuestra que los tribunales británicos imponen penas más suaves en caso de poca cantidad, en especial si es para uso propio.[18]

En los otros cuatro ordenamientos jurídicos contemplados los legisladores tratan aquellos hechos que son prácticamente o en su totalidad neutrales frente a terceros de muy distinta forma.

Según la *BtMG alemana* la *tenencia* o posesión está generalmente –es decir, incluida la que sólo es para el consumo propio y en poca cantidad– penalizada. Esta amenaza penal está pensada –materialmente– como ampliación del catálogo de las restantes conductas delictivas en forma de tipo subsidiario y –procesalmente– evita a los órganos de persecución penal la prueba de la adquisición o comercio ilegal de drogas.[19] La contradicción de valoración es inherente: licitud del *consumo* por una parte, pero punibilidad de los actos de adquisición y *tenencia* que necesariamente preceden al consumo.

En aquellos casos, sin embargo, en los que el acto delictivo (la plantación, fabricación, importación, exportación, tránsito, compra

[18] Véase la tabla de jurisprudencia relevante en Fortson, *supra*, nota 15, pp. 492 y ss. (apéndice 2).

[19] Körner, *supra*, nota 11, art. 29, nm. 778.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

o adquisición o cualquier otro tipo de adquisición o tenencia, ya sea de forma dolosa, imprudente o en grado de tentativa) sirve para el consumo propio en escasa cantidad, los tribunales tienen la posibilidad de prescindir de la pena (art. 29 V BtMG). En este caso, el autor es condenado como culpable del hecho ilícito, pero no se le impone pena alguna, porque la culpabilidad es suficientemente reducida como para no requerir de la imposición de una pena. La conducta no merece una pena. Por lo tanto, el legislador se adecua aquí –en todo el sentido de la concepción funcionalista (Roxin, Jakobs) que avanza progresivamente en la dogmática penal– a la necesidad o no necesidad de imponer penas por razones de prevención general (social). En consonancia con ello también existe para la fiscalía la posibilidad de archivar o sobreseer el procedimiento cuando, además de las mencionadas condiciones del art. 29 V BtMG, la culpabilidad del autor es reducida y no hay un interés público en la persecución del delito (art. 31 a I BtMG). Esta posibilidad ha sido reforzada con las decision de la Corte Constitucional del año 1994 (*NJW* 1994, 1577 ss.), con la cual la Corte, si bien no declaró inconstitucional la penalización de la tenencia para consumo, obligó a los Estados Federales ("Laender") a diseñar instrucciones para la no persecución de actos de tenencia de pequeñas cantidades de Cannabis.[20]

La ley *neerlandesa* del opio da un paso más, limitando considerablemente la pena máxima para los casos de importación/exportación y la tenencia de drogas "duras" a un año o 10.000 florines holandeses, en comparación con aquellos casos en los que no se trata de cantidades pequeñas para el consumo propio (art. 10 V nlOpG). Lo mismo es de aplicación –para todos los actos (inclusive la elaboración, preparación, suministro, etc.)– para drogas "blandas": la pena máxima se reduce, en estos casos, de 4 o 2 años (100.000 o 25.000 florines holandeses) a 1 mes de pena privativa de libertad (5.000 florines h.) (art. 11 V, I en ref. al art. 3 nlOpG). El Cannabis, Hachís y la Marihuana reciben –de nuevo– un tratamiento especial. Salvo en el caso de la importación y exportación de estas sustancias, la pena máxima se limita a 1 mes de pena privativa de libertad, cuando no se supere la cantidad de 30 g. No se requiere expresamente para esta reducción de la pena el destino

[20] Ver Ambos, *Recht auf Rausch? Monatsschrift fuer Kriminologie und Strafrechtsreform* 1995, pp. 47 ss.; Albrecht, *supra*, nota 5, pp. 191 ss., 208.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de la droga al consumo propio. Al mismo tiempo esto significa, de modo contrario, que también en los Países Bajos únicamente el *consumo* de drogas está completamente despenalizado. Todas las demás conductas, *incluso la simple tenencia para el consumo propio* –de forma igualmente contradictoria que en la ley alemana– son punibles, en especial la venta y el suministro, también de drogas "blandas".[21] Y si a pesar de ello no se penaliza la tenencia ni sobre todo la –muy conocida– venta de drogas "blandas" en los así denominados Coffee-Shops, ello es únicamente consecuencia del generoso recurso al principio de oportunidad por los órganos neerlandeses de persecución penal. El control de esta praxis en la persecución viene orientado por las instrucciones para la aplicación de la Ley del Opio de los fiscales superiores de los cinco tribunales superiores.[22] No podemos profundizar aquí en el sentido, pero tampoco en la compatibilidad de esta práctica con los convenios internacionales sobre drogas, a los que también se han adherido los Países Bajos.[23] Sin embargo, según las estadísticas disponibles, la política neerlandesa de drogas no tiene ni más ni menos éxito o fracaso que la de los demás Estados (consumidores). Naturalmente, aquí también todo depende de las medidas de evaluación.

El CP *español* aun llega más lejos en algunos aspectos. El art. 368 CP parte de los presupuestos de que todas las conductas han de ser aptas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, directa o indirectamente y sean cometidas con el dolo correspondiente; algunos autores, sin embargo, quieren limitar este presupuesto a las conductas expresamente mencionadas (cultivo, elaboración y tráfico).[24] Ahora bien, si nos inclinamos por la primera interpretación, ello significaría que siempre que falte la aptitud para promover o posibilitar el consumo ilegal de drogas, o al menos el dolo correspondiente, falta la tipicidad de la conducta y por consiguiente su punibilidad. Que ello raramente acontezca en supuestos en los que intervienen grandes cantidades de sustancias estupefacientes resulta perfectamente comprensible. En estos ca-

[21] Véase Sagel-Grande, *supra*, nota 4, pp. 927 ss.

[22] Respecto a las directrices, véase de nuevo Sagel-Grande, *supra*, nota 21, pp. 935 y ss.

[23] Véase Sagel-Grande, *supra*, nota 21, p. 944; Wever, *supra*, nota 4, pp. 280 s. Con una evaluación mixta.

[24] Véase Jubert, *supra*, nota 10, pp. 100 y 101 con más referencias.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sos, el dolo necesario podrá demostrarse sin grandes dificultades, en último extremo partiendo de indicios. Cuando se trate de cantidades pequeñas, habrá que partir de la base de que las sustancias están destinadas al uso propio. En estos casos no sólo la tenencia, sino también la adquisición y –en algunos casos– también el expendio de pocas cantidades queda impune, ya que no se puede partir de que con ello se promueva o posibilite el consumo de drogas socialmente prohibido.[25] Aparte del consumo propio, también quedan impunes las conductas similares al consumo propio (como puede ser el consumo en compañía), así como –generalmente hablando– todas aquellas conductas que no sean aptas para expandir el consumo ilegal de drogas.[26]

Finalmente, el CP *danés* castiga sólo el expendio de sustancias estupefacientes cuando se realiza a un número mayor de personas o contra prestación económica significativa o bajo otras circunstancias agravantes (art. 191 I CPdan). Con ello, incluso la venta de una gran cantidad de sustancia estupefaciente podría quedar impune. Las demás conductas delictivas de importación/exportación, compra, suministro, aceptación, elaboración, proceso o posesión únicamente son punibles cuando se realizan precisamente con ese dolo de expendio o venta (art. 191 II CPdan). Sin embargo, esta situación legal se ve relativizada por la aplicabilidad de la EDA danesa, que, si bien contempla penas más leves, no requiere este dolo específico.

III. CONCLUSIONES

La anterior visión general, que constituye un resumen ciertamente sucinto del derecho penal de drogas de cinco Estados de la Unión Europea, hace evidente que una unión política y económica no significa a la vez una armonización legal completa en todos

[25] Véase Jubert, *supra*, nota 10, pp. 100 y ss., y la decisión allí citada del Tribunal Supremo español. En las pp. 103 y ss. también se discute acerca de la definición del término "consumo ilegal de drogas".

[26] Véase de nuevo Jubert, *supra*, nota 10, p. 117.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

los ámbitos sociales. Incluso se puede llegar a afirmar que el derecho penal de drogas en Latinoamérica, en especial en los países del Acuerdo de Cartagena, está mucho más "armonizado" que en los países miembros de la UE. Me permito remitirles en este sentido a la exposición del profesor Sánchez Tomás y –en lo que concierne a Colombia, Perú y Bolivia– a un estudio mío anterior.[27]

Si ahora me preguntan en qué puntos veo *necesidades de armonización* en el ámbito europeo, nos tendríamos que preguntar, en primer lugar, si una armonización legal en un ámbito tan delicado como es el del derecho penal de las drogas tiene sentido. Podría contestar afirmativamente, aunque con ciertos reparos, basándome menos en una pretendida mayor eficacia en la lucha contra las drogas, que en la protección de aquellas personas que entran en contacto con el mercado ilegal de las mismas. Porque es evidente que no tiene sentido y no puede considerarse justo que un correo de drogas sudamericano aprehendido en Alemania, Gran Bretaña o en Italia por norma general sea castigado con penas privativas de libertad mayores por el mismo delito que aquel que es aprehendido en España, Dinamarca o en los Países Bajos. Por no hablar de las distintas condiciones en las prisiones y de las posibilidades de expulsión fundadas en el derecho de extranjería.[28] Las contradicciones de semejante situación quedan especialmente patentes cuando se enjuicia a personas de nacionalidad extranjera y cuando, a causa de convenios multi o bilaterales de ejecución de penas posiblemente deban cumplir penas inferiores o superiores en sus países de origen que sus compatriotas. La *falta de armonía o la desarmo-*

[27] "*Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien – eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer, unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebung*". Freiburg im Breisgau (*Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* - Informes de investigación criminológica del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional), 1993. Versión abreviada y actualizada en castellano: *Control de Drogas, supra*, nota 7.

[28] Véase Ambos/Cornils/van de Reyt/Doval, *Die strafrechtliche Behandlung von Drogenkurieren in Deutschland, Dänemark, Niederlande und Spanien, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 80 (1997), 25 a 43; en su versión española: *El tratamiento penal de los correos de drogas en Alemania, Dinamarca, Países Bajos y España. Estudios Penales y Criminológicos* (España) 19 (1996), pp. 7 a 48; *Nueva Doctrina Penal* (Argentina) 1997 A, pp. 371 a 398; *Revista Peruana de Ciencias Penales* 6 (1998), pp. 507 a 541; *Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales* (Instituto Nacional de Ciencias Penales), Nº 2, México, 1999, pp. 9 a 41; también en Ambos, *Control de Drogas, supra*, nota 20.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nía presente en los distintos marcos legales es también poco compatible con la fuerte tendencia a la armonización en el ámbito de la cooperación (policial) en asuntos penales (léase "Schengen", "Europol"). Por tanto, en todo caso resultaría acertada una *aproximación de los marcos* penales al nivel europeo.

Más difícil sería lograr una armonización en lo que se refiere al tratamiento que recibe el *consumo*. Como ha resultado evidente en este análisis comparativo, existen en este campo diferencias notables. En mi opinion, aquí debería prevalecer el principio que el derecho penal no debe obstaculizar el intento de abordar de forma más efectiva el problema de las drogas con medidas de política sanitaria (léase "locales para consumidores", acceso legal, etc.). Por fortuna, en mi país se ha notado con el cambio de Gobierno una nueva tendencia: mientras que antes el Gobierno Federal –a través de su encargado nacional de política de drogas (*Bundesdrogenbeauftragter*)– trató de impedir cualquier intento de política sanitaria a nivel local a través de todas las vías posibles, incluso por medios legales, ahora esta política local –que por cierto ya constituye un movimiento europeo, independiente de una afiliación política determinada– tiene el respaldo del Gobierno Federal.

Ahora bien, ¿qué significa esto para la situación completamente distinta de América Latina, en donde, como ya se mencionó, existe ya una armonización legal mucho más amplia que en Europa?

En primer lugar, esta situación tiene varios motivos de los que puedo nombrar aquí sólo unos pocos: de un lado, la casi total independencia y la diferente identidad cultural e histórica de los Estados europeos;[29] de otro, la historia (colonial) común y la fuerte influencia de los EE.UU. –directa o indirecta a través de las convenciones internacionales– sobre la política de lucha contra la droga en los Estados latinoamericanos aquí reunidos. La distinta identidad cultural de los Estados europeos se manifiesta entre otras circunstancias también en las distintas lenguas oficiales, que dificultan de forma importante el "copiado" de las leyes de drogas. Frente a ello, la existencia de un idioma oficial, el español, que domina prácticamente la totalidad del continente latinoamericano, excepto Brasil, casi invita a "consultar" intensivamente el derecho de drogas de los países vecinos.

[29] Ver sobre la dimension histórica Berridge, *supra*, nota 3, pp. 77 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Ahora bien, si el derecho latinoamericano de drogas se presenta de forma más "armonizada" que el europeo, se plantea la pregunta sobre el sentido de este Seminario. ¿No será que los europeos pueden aprender de los latinoamericanos en lo que concierne a armonización legal? O planteado de una forma más general (y aquí ya se da una respuesta a la pregunta anterior): ¿puede interesarnos, como europeos, una armonización legal como la que encontramos en el derecho de drogas latinoamericano, es decir, puede interesarnos una armonización del derecho que acompaña y asegura la denominada "Guerra contra las drogas"? Además, ¿puede interesarnos una armonización que implica una expansión normativa que más confunde a los operadores de justicia que los ayuda en su tarea de controlar el mercado ilegal de drogas? ¿Es adecuada para los mismos Estados latinoamericanos o se cobra demasiadas víctimas (inocentes)? Creo que estas preguntas, con un cierto contenido retórico y formuladas conscientemente de una forma provocativa, son preguntas a las que deberíamos dedicar por lo menos una parte de la discusión que nos espera.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS CORREOS DE DROGAS EN ALEMANIA, DINAMARCA, PAÍSES BAJOS Y ESPAÑA*

PRESENTACIÓN

La actividad de los *correos de la droga* no ha constituido hasta ahora un tema de especial interés en la investigación penal y criminológica.[1] El presente trabajo pretende contribuir a su conocimiento mediante un estudio de derecho penal comparado y un análisis de la práctica del tratamiento jurídico de estos sujetos en Alemania, Dinamarca, los Países Bajos y España.[2]

---

* Kai Ambos elaboró el informe de Alemania; Antonio Doval, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, el informe de España; Dr. Karin Cornils, referente científica del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, el informe de Dinamarca, e Ingrid van de Reyt, antigua referente científica de dicho Instituto, el informe de los Países Bajos. Traducción del alemán de la Presentación, de las Cuestiones preliminares y de los Informes relativos a Alemania y Dinamarca, por Ana García Esteban (Master en Derecho Europeo Comparado; colaboradora temporal en la sección española del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional –MPI–, Friburgo de Brisgovia, Alemania). Traducción de la versión alemana del Informe de los Países Bajos y del apartado "Panorámica de derecho comparado y conclusiones", por Antonio Doval Pais. Redacción final a cargo de Kai Ambos y Antonio Doval Pais.

[1] Ha sido sobre todo la criminología inglesa la que más atención ha dedicado al análisis de la figura de los *correos de la droga*. Véase, entre las obras más recientes, Green, P. (ed.): *Drug Couriers. A new perspective*, Londres, 1996.

[2] La investigación ha sido elaborada a instancias de la Conference Permanente Européene de la Probation (CEP) para su presentación y discusión en la Conferencia Europea sobre correos de drogas (Boldern, Männedorf, Suiza), celebrada durante los días 1 al 5 de mayo de 1996. La selección de los países estudiados fue reducida por deseo expreso de la CEP.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Los informes, aunque responden a un esquema básico común, han sido elaborados de forma independiente por cada colaborador en el proyecto conjunto[3] con el objeto de destacar las peculiaridades jurídicas de cada Estado. Se centran esencialmente en el análisis de los siguientes aspectos: marco legal (I), jurisprudencia de altos tribunales (II) y aspectos relativos a la ejecución de las penas (III).

CUESTIONES PRELIMINARES

No existe en la doctrina una clara definición de lo que se haya de entender por *correo de drogas* desde una perspectiva penal o criminológica.[4] A los efectos de este trabajo, se entenderá que esta expresión designa a la *persona que lleva a cabo la actividad de transporte transfronterizo e ilegal de drogas*. En esta definición, la característica de "*transfronterizo*" del transporte es imprescindible, pues sólo así puede ser realizada la acción de "introducción", que es especialmente relevante en los ordenamientos de ciertos Estados a los efectos de la tipicidad de la conducta.

Pueden diferenciarse dos distintas figuras de *correos de drogas*: la del que se encarga del transporte de la droga desde su origen hasta un país consumidor (*correo primario*), y la del que se ocupa del transporte dentro del mercado consumidor (*correo secundario*).

Aunque los problemas dogmáticos que plantea la subsunción de la actividad de los *correos de drogas* en una modalidad determinada de comportamiento típico no constituyen un objeto prioritario de análisis en el presente estudio, las diversas posibilidades existentes han sido debidamente atendidas en cada informe de acuerdo con las especificidades de cada ordenamiento jurídico-penal. El transporte de drogas por una o más personas suscita, por ejemplo, numerosas preguntas sobre autoría y participación, puesto que la conducta de un único *correo* puede ser castigada como autoría o, en caso de estar vinculado a una organización criminal, como cooperación en los actos de la misma. Por otra parte, la realización paralela de numerosos actos típicos, como resulta habitual en el marco de los delitos de tráfico de drogas, presenta problemas concursales: la "introducción" elimina, sin duda, la precedente "adquisición", así como la posesión; sin embargo, puede convertirse en "tráfico", si se reúnen la "adquisición", "posesión" e "introducción" en una valoración única.[5]

[3] *Alemania*: Dr. Kai Ambos, encargado de la Sección de Derecho Penal internacional e hispanoamericano en el Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia (Alemania); profesor asistente en la Universidad de Friburgo en colaboración con Jan Woischnik (colaborador científico del MPI). *Dinamarca*: Dra. h.c. Karin Cornils, encargada de la Sección correspondiente a los países nórdicos en el MPI. *Países Bajos*: Ingrid van de Reyt, LL. M., encargada de la Sección de los Países Bajos en el MPI. *España*: Dr. Antonio Doval Pais, profesor de Derecho Penal de la Universitat de Valencia. La redacción de la Presentación, de las Cuestiones preliminares y del apartado relativo al Panorama de Derecho comparado y conclusiones corresponde a K. Ambos.

[4] Véase Albrecht, H. J.: "*Drug Couriers: The Response of the German Criminal Justice System*", en Green: *op. cit.*, pp. 61-75 (especialmente, p. 61). Respecto a las "*changing characteristics*", *op. cit.*, pp. 68 ss. (donde se refiere a la única investigación empírica alemana de Kraushaar, publicada en 1992).

[5] Véanse especialmente, con respecto a los problemas dogmáticos, los Informes de Alemania (II) y España (II).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

A. INFORME DE ALEMANIA

I. MARCO LEGAL

1. *Ley sobre estupefacientes (BtmG)*

Las principales normas penales aplicables a los *correos de drogas* se encuentran en la Ley sobre Estupefacientes (*Betäubungsmittelgesetz*),[6] una ley penal de carácter especial. Esta ley define en el § 1, párrafo primero, en relación con los anexos, las sustancias y preparados que se incluyen bajo el concepto de "narcóticos".

El § 29, párrafo 1, núm. 1, se refiere a quienes sin la debida autorización cultiven narcóticos, los fabriquen, comercien con ellos, o, sin *realizar comercio* con ellos, los importen, exporten, transmitan, entreguen, introduzcan de otro modo en el mercado o adquieran de modo habitual. Estas conductas se castigan con una pena privativa de libertad de hasta 5 años o una pena de multa. Se entiende que comercia *sin el debido permiso* quien no puede exhibir una licencia del *Instituto Nacional de Medicamentos y Productos Médicos* (§ 3, párrafo 1). La misma pena será de aplicación, según el § 29, párra-

[6] Los §§ sin indicación de la ley correspondiente se referirán en adelante a la BtmG.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

fo 1, núm. 3, a quienes posean sustancias narcóticas sin contar con un permiso para su adquisición. Las circunstancias agravantes se regulan en los §§ 29, párrafos 3, 29 a), 30 y 30 a), y las atenuantes en el § 31.

La actividad del *correo de drogas* se incluye por lo general bajo la modalidad típica de la "introducción" del § 29, párrafo 1, núm. 1. En los casos en los que se produzca la posterior transmisión de la droga, se realizan también las acciones típicas de "entregar", "transmitir" o "introducir en el mercado"; en caso de una venta autónoma de las sustancias por el *correo*, se verificaría la conducta del "tráfico" (véase el apdo. II).

2. *Derecho penal internacional*

El § 6.5 del Código Penal (*StGB*) establece que el derecho penal alemán se aplica con independencia de la ley que rija en el lugar de comisión del delito, entre otros casos, en los supuestos de venta ilícita de drogas realizada en el extranjero (principio de justicia universal).[7] En virtud de este principio, un holandés fue condenado a una pena privativa de libertad de 3 años y 9 meses, por la entrega de más de 10 kg. de hachís a un alemán en los Países Bajos, para su posterior venta en Alemania.[8] Por el contrario, un austríaco fue absuelto de haber adquirido en la India heroína para consumo personal, puesto que este caso no se ajustaba al concepto de "venta" en el sentido del § 6.5 del Código Penal.[9]

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR (BGH)

1. *Observación preliminar*

El Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) diferencia en sus sentencias entre el *correo*-comerciante y el *correo*-adquirente de drogas. Mientras que éste transporta e introduce drogas a cambio de una contraprestación (por lo que incurre en un delito por el he-

[7] Schönke/Schröder/Eser: *Strafgesetzbuch*, 24ª ed., 1991, § 6, nm. 1.
[8] BGHSt 27, 30.
[9] BGHSt 34, 1.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cho de *establecer comercio*), aquél favorece a terceros la adquisición de la droga para su uso personal (por lo que normalmente su conducta resultará punible por la *introducción* ilícita). No cabe duda de que la delimitación de ambas figuras en el caso concreto resulta compleja y no siempre conveniente.[10]

En relación con la determinación de la pena, se presta especial atención a la cantidad y a la calidad (esto es, a la composición y pureza) de la sustancia, así como a su peligrosidad para la salud (distinción entre "*drogas duras*" y "*drogas blandas*").[11] En los casos en los que el autor actúe movido por una especial situación de necesidad, es aplicable una circunstancia atenuante. Así sucede si un sujeto es *impulsado* a la actividad de *correo* por los graves problemas económicos que le aquejan.[12] Del mismo modo, puede llegar a poseer eficacia atenuante el hecho de que en el medio cultural del autor exista una valoración o actitud totalmente diferente respecto a la droga en cuestión. Como ejemplo puede mencionarse la situación de los ciudadanos colombianos con respecto a la planta de la coca[13] (aunque, en realidad, sería más correcto hablar aquí sólo de la población indígena[14]). Además, puede tener importancia el grado de participación en el hecho. Por consiguiente, debe ser considerado atenuante el hecho de que el *correo* ignorara por completo la índole, la extensión y la ruta del transporte de la droga, y otro sujeto le utilizara al modo de una "maleta viviente".[15]

2. *Algunos ejemplos concretos*

La cuantía de las penas impuestas puede observarse en los siguientes casos extraídos de la jurisprudencia:

[10] Véase Körner: *Betäubungsmittelgesetz*, 4ª. ed., 1994, § 29, nm. 191, *in fine*.
[11] Körner: *op. cit.*, § 29, nm.mm. 315 ss.
[12] Körner: *op. cit.*, § 29, nm. 574.
[13] Körner: *op. cit.*, § 29, nm. 576.
[14] Véase Ambos, K.: *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien- eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer, unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebung*, Friburgo de Br. 1993, Estudio criminológico del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional, especialmente pp. 8 ss. Asimismo, del mismo autor: "Koka ist nicht Kokain", en el diario "*Die Tageszeitung*", Berlín, 9.6.1995, p. 13.
[15] Körner: *op. cit.*, § 29, nm. 579.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

11 años: un turco residente en los Países Bajos había enviado a Alemania en un minibús 6 kg. de heroína, a un precio de 120.000 DM el kg., para su posterior venta en este país.[16]

5 años: el autor había transportado en un camión a Austria opio puro (compuesto en un 10% de morfina), adquirido en Israel. En la estación central de Linz facturó como equipaje con destino a Stuttgart 1.041 g. de la partida, en barras introducidas en una caja de cartón, con la intención de recogerla en dicha ciudad.[17]

2 años y 6 meses: el autor había tomado a una conocida como acompañante para hacer un viaje de ida y vuelta desde los Países Bajos hasta Alemania. En el transcurso del viaje le hizo saber que llevaba consigo 199,1 g. de heroína (19% hidroclorato de heroína), así como 198,8 g. de cocaína (63% hidroclorato de cocaína). El *BGH* le consideró a él autor.[18]

2 años: por tráfico de drogas reiterado y profesional, en concurso con la introducción ilícita. El autor había transportado desde los Países Bajos hasta Alemania en un primer momento 800 g. de hachís, después 1.050 g. Con ello había obtenido en cada ocasión un beneficio neto de 400 florines.[19]

1 año y 9 meses: el autor había introducido en el correo aéreo con destino a Alemania 1.800 g. de marihuana (con un contenido aproximado de 16 g. de tetrahidrocabinol).[20]

1 año y 6 meses: introducción ilícita de 104 g. de resina de cannabis y aceite de hachís (con un contenido de tetrahidrocabinol del 8,7%), tras alegar el autor que era para consumo personal.[21]

Según Kraushaar, la duración media de las penas suele ascender a 2 ó 3 años. Además, la condena se basa normalmente en una confesión, lo cual explica la relativamente breve duración del juicio oral con una media de 3 a 5 horas.[22]

[16] BGH, Sentencia de fecha 18.2.1987, 2 *StR* 588/86.
[17] BGH, Sentencia de fecha 3.12.1985, en *NStZ* 1986, 274.
[18] BGH, Sentencia de fecha 14.10.1992, en *NStZ* 1993, 138.
[19] BGH, Sentencia de fecha 24.11.1982, en *NStZ* 1983, 124.
[20] BGH, Sentencia de fecha 1.10.1986, 2 *StR* 335/86.
[21] BGH, Sentencia de fecha 1.3.1983, en *NStZ* 1983/370.
[22] *Apud* Albrecht: *op. cit.*, p. 71.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

III. EJECUCIÓN DE LA PENA

1. *Cumplimiento de la condena*

En primer lugar, debe señalarse que por regla general la prisión preventiva se decreta con más rapidez para los *correos* extranjeros que cuando se trata de ciudadanos alemanes. Ello se debe a que la falta de una residencia fija en Alemania hace presumir que existe un mayor peligro de fuga. La detención se practica con base en el § 112, párrafo 2, núm. 2, de la Ley Procesal Penal (*StPO*). La duración de la prisión preventiva es relativamente larga, debido, entre otros factores, a la lentitud de la investigación que se practica en el extranjero. La media asciende a 9 meses de duración.[23]

No sólo la prisión preventiva, sino también la ejecución de una eventual condena resulta frecuentemente más gravosa para los extranjeros que para los alemanes. Así, los voluntarios que trabajan con extranjeros durante la ejecución constatan que para ellos el aislamiento constituye una rigurosa medida, puesto que por regla general la vida en su medio cultural está marcada por la integración en grandes familias.[24] Además, las efectivas barreras lingüísticas conducen a malentendidos y a una información deficiente sobre sus derechos y deberes en el marco del cumplimiento de la pena. De aquí proviene el miedo a la segregación.[25]

Aunque es posible la comunicación tanto por carta como por teléfono, ésta se suele retrasar debido al procedimiento para su aprobación, en el cual, junto al juez y el abogado del Estado debe estar presente un intérprete. Hay que tener en cuenta, además, que para muchas personas la posibilidad de hablar por teléfono desaparece en la práctica por motivos económicos (casos de llamadas intercontinentales).[26] Ello representa un especial inconveniente, puesto que muchos de los traficantes son analfabetos.[27]

Finalmente, debe constatarse que la consecución de los fines de la pena formulados en el § 2 de la Ley de Ejecución de la Pena

[23] Helga Reh (*Zur Situation der ausländischen Gefangenen in der JVA I FFM*, ejemplar manuscrito inédito, p. 8) sitúa la media en 5-6 meses.
[24] *Arbeiterwohlfahrt*, estudio de 1994, inédito, p. 3.
[25] Reh: *op. cit.*, p. 9.
[26] Lunemann, M.: "Sprachloses Warten hinter Gittern", en *Journal Frankfurt*, febrero 1994, p. 28, *in fine*.
[27] Reh: *op. cit.*, p. 4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

(*StVollzG*), fijados en igual medida para alemanes y extranjeros, se dificulta con respecto a los extranjeros debido a numerosas limitaciones. En la práctica no se cuestionan beneficios penitenciarios como la salida libre, vacaciones o traslados. Sin embargo, tampoco tiene lugar una preparación para la salida de la prisión con el fin de hacer posible la resocialización en la propia sociedad del individuo.[28]

2. *Suspensión de la pena*

Al igual que en el caso de los presos alemanes, es posible la excarcelación anticipada de los extranjeros, según el § 57 del Código Penal, después de cumplir los dos tercios (párrafo 1) o la mitad de la condena (párrafo 2). En caso de extradición o de expulsión, puede prescindirse de la ejecución (§ 456.a StPO). No obstante, esta regla supone la concesión de la libertad condicional 3 ó 4 meses antes del cumplimiento de dos tercios de la condena.[29] Actualmente, no existe una regulación legal que permita el cumplimiento de la pena en el país de origen del que el preso es nacional.[30]

3. *Expulsión*

Por regla general, un extranjero puede ser expulsado cuando su estancia comprometa la seguridad pública, el orden u otros intereses fundamentales de la República Federal (§ 45, párrafo 1, de la Ley de Extranjería, *AuslG*). Respecto al delito de tráfico de drogas, el § 47 establece una regla especial: según este precepto, un extranjero debe ser expulsado cuando viola la Ley sobre Estupefacientes. En este caso, la expulsión obedece a razones de prevención general, constituyendo una reacción contra el creciente abuso de las drogas y su tráfico ilícito.[31] Esto rige también para las llamadas "drogas *blandas*". Así, por ejemplo, al Tribunal Superior administrativo de Baden-Württemberg le bastó para deportar a un extrajero afincado desde hacía nueve años en Alemania una única condena, por reiterada adquisición de hachís de 90 días multa a 50 DM por día.[32] El interés público en la expulsión se refuerza cuando existe peligro de reincidencia.[33]

La práctica descrita es criticada especialmente por Heldmann por ser contradictoria según el § 46, núm. 4, de la Ley de Extranjería. Conforme a ello, puede ser expulsado quien consuma heroína, cocaína o una droga igualmente peligrosa y no esté dispuesto a hacer una cura de rehabilitación o la abandone. Según el punto de vista de Heldmann, los productos que contienen cannabis no deben conducir a la expulsión conforme al § 47, párrafo 2, núm. 2.[34]

En el caso de los *correos de drogas* la expulsión se verifica como parte de la ejecución de la pena,[35] a menos que excepcionalmente la expulsión se efectúe de inmediato, porque se imponga una multa o una pena privativa de libertad con el fin de protección, o la expulsión hubiera fracasado en otro caso debido al término de la autorización para regresar.[36]

B. INFORME DE DINAMARCA

I. MARCO LEGAL

1. *Transporte de drogas*

La disposición principal aplicable a los *correos* que transportan drogas a Dinamarca (o a través de este Estado), se encuentra en el § 191, párrafo 2, de la ley penal. De conformidad a este precepto, se castiga con una pena privativa de libertad de hasta 6 años (si concurren circunstancias agravantes, hasta 10 años), al que, contraviniendo el derecho sobre estupefacientes, introduzca, exporte, compre, suministre, reciba, elabore, transforme o posea drogas para entregarlas a otras personas. Los supuestos de menor gravedad se

[28] Para Sudamérica, véase Cobos, N.: "Drogenkurierinnen aus Lateinamerika in einem deutschen Gefängnis", en Labrousse, Alain/Wallon, Alain (edits.): *Der Plain net der Drogen*, Frankfurt 1996, pp. 221-234. Véase también Albrecht: *op. cit.*, p. 71, *in fine*.

[29] Albrecht: *op. cit.*, p. 72.

[30] Cobos: *op. cit.* p. 233.

[31] Hailbronner: *Ausländerrecht*, 2ª ed., 1989, § 47, nm. 569; BVerwG de fecha 1.12.1987.

[32] *VGH BaWü*, Sentencia de fecha 31.8.1982, 11 S 290/82.

[33] Hailbronner: *op. cit.*, § 47, nm. 569.

[34] Heldmann: *Ausländergesetz-Kommentar*, 2ª ed., 1993, § 47, nm. 5.

[35] Cobos: *op. cit.*, pp. 232 ss.

[36] Hailbronner: *op. cit.*, § 47, nm. 569.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

castigan según el precepto correspondiente de la *Ley sobre sustancias euforizantes* (§ 3, párrafo 1, en relación con el § 1, párrafo 2), con multa, arresto o prisión de hasta dos años de duración.

En el supuesto de que las circunstancias del delito –pese a su amplia formulación– no abarcaran determinadas modalidades de la actividad del *correo de drogas*, serviría la regla general de participación del § 23, párrafo 1, primer inciso, de la ley penal como tipo de recogida. En este contexto, se ha de destacar el hecho de que en el derecho penal danés rige la doctrina de la autoría unitaria.

2. *Transporte de dinero*

En tanto que la actividad del *correo de drogas* concierne al transporte de la ganancia de un delito de tráfico de drogas, la conducta puede ser también comprendida bajo determinadas circunstancias en la disposición citada anteriormente, con inclusión del concepto de autoría unitaria. Sin embargo, para evitar una excesiva extensión de las circunstancias del delito, fue introducido el § 191.a de la ley penal como norma especial, que se completa con una regulación análoga en la *Ley sobre sustancias euforizantes* (§ 3, párrafo 2). Según el § 191.a de la ley penal, se aplicará una pena privativa de libertad de hasta 6 años a quien acepte la ganancia obtenida de la comisión de un delito de tráfico de drogas, consiga para sí o para otro una parte de ello, o contribuya, mediante el depósito, transporte, ayuda a la transmisión o de otra forma semejante, a asegurar para otro la ganacia de un delito semejante.

3. *Derecho penal internacional*

En la práctica, se plantean diversos problemas cuando un *correo* es detenido fuera de la jurisdicción del Estado danés. La potestad punitiva se basa en que el campo de aplicación del propio derecho sobre drogas no está limitado territorialmente. En su virtud, un ciudadano danés fue condenado a tenor del § 191 de la ley penal, por intentar transportar ilegalmente drogas desde Tailandia para introducirlas en los Estados Unidos.[37] En otro caso, el transporte de varias toneladas de cocaína y de $ 50.000 desde Colombia hasta los Estados Unidos dio lugar a una condena según los §§ 191 y 191.a de la ley penal.[38] Entre otros ejemplos extraídos de la jurisprudencia, son destacables los siguientes: el caso de un intento de contrabando de hachís de Marruecos a los Países Bajos[39] y el del transporte de 5 kg. de hachís de Marruecos a Portugal.[40]

[37] Højesteret, en *Ugeskrift for Retsvaesen* (en adelante, *UfR*) 1983, p. 117.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Normalmente, en casos semejantes se condena en virtud del § 7, párrafo 1, de la ley penal, que establece la potestad sancionadora del Estado danés con respecto a los delitos cometidos en el extranjero por ciudadanos nacionales o personas con residencia en Dinamarca.

Debido a la regla de la ubicuidad contenida en el § 9 de la ley penal, se admite la tesis de que la compra o transporte de drogas en el extranjero con el fin de introducirlas ilegalmente en Dinamarca también es punible según el derecho danés, aun cuando fracase la importación.[41]

El hecho de que el autor haya sido condenado ya en el extranjero por posesión o importación ilícita de drogas no imposibilita un nuevo procesamiento en Dinamarca por la tentativa de introducción ilícita de la sustancia, porque se entiende que no se trata del mismo hecho punible.[42] De este modo, un acusado, condenado con anterioridad en Alemania, fue nuevamente castigado por intentar introducir la misma heroína en Dinamarca.[43]

II. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La determinación de la pena en los delitos de drogas depende del tipo y la pureza de la sustancia de que se trate. En supuestos de pura actividad de *correo de drogas*, en los que el autor sólo recibe una recompensa mínima, los tribunales admiten una rebaja de la pena.

A través de los siguientes ejemplos, ordenados en función de la cuantía de la pena, puede observarse la tendencia general de la jurisprudencia:

[38] Ostre Lansdsret, en *UfR* 1991, p. 883.
[39] Ostre Lansdsret, en *UfR* 1993, p. 805.
[40] Ostre Lansdsret, en *UfR* 1977, p. 202
[41] Véase Greve, *et al.*: *Kommenteret straffelov, Almindelig del*, 5ª ed., 1993, p. 126.
[42] Véase Greve: *op. cit.*, p. 131.
[43] Ostre Lansdsret, 1991, *Domme i kriminelle sager*, 1990-92, pp. 142 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

– 10 años de prisión: un nacional danés intentó transportar 10 tm de cocaína, así como $ 50.000 de Colombia a Estados Unidos.[44]

– 9 años: un extranjero fue detenido con 13,2 kg. de heroína, que portaba en una maleta, durante una escala en el aeropuerto de Kastrup (Dinamarca).[45]

– 8 años: en la zona de tránsito del aeropuerto de Kastrup fue sorprendido un extranjero con 6,8 kg. de heroína, que pretendía transportar hasta Amsterdam. Para la ponderación de la pena se tuvieron en cuenta no sólo la significativa cantidad y la elevada concentración de la sustancia, sino también la actividad profesional del autor como miembro de la criminalidad internacional organizada del tráfico de drogas.[46]

– 6 años: un nacional danés había introducido como *correo* 250 kg. de hachís procedente del Líbano, e intentado transportar unos 3.000 kg. de marihuana de Tailandia hasta Estados Unidos y Canadá. En la ponderación de la pena se tuvo en cuenta que él desempeñaba un papel activo y central en la criminalidad internacional del tráfico de drogas.[47]

– 3 años y 5 meses: un *correo* había introducido desde Marruecos, a cambio del pago de 22.400 coronas, 50 kg. de hachís, e intentado introducir otros 60 kg.[48]

– 3 años y 6 meses: un *correo* holandés había escondido en un hueco de su coche 71 kg. de hachís, con el objeto de introducirlo de contrabando en Dinamarca.[49]

– 2 años y 8 meses: un nacional danés intentó transportar 1.759 kg. de hachís y 4.360 kg. de aceite de hachís, con un importe total de 70 millones de coronas, desde Marruecos a los Países Bajos. Al ponderar la pena, el tribunal estaba sujeto a la pena máxima según el derecho holandés.[50]

– 2 años y 6 meses: un noruego de 18 años pretendió transportar, a cambio de una contraprestación de 40.000 coronas, 1,3 kg. de anfetaminas (con un grado de pureza entre el 32 y el 36%), co-

[44] Ostre Lansdsret, en *UfR* 1991, p. 883.
[45] Ostre Lansdsret, en *UfR* 1991, p. 428.
[46] Ostre Lansdsret, en *UfR* 1977, p. 902.
[47] *Højesterett*, en *UfR* 1983, p. 117.
[48] Vestre Lansdsret, 1975, *Domme i kriminelle sager* 1973-77, p. 176.
[49] Vestre Lansdsret, 1977, *Domme i kriminelle sager* 1973-77, p. 177.
[50] Ostre Lansdsret, en *UfR* 1983, p. 805.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sidas a su cazadora, desde los Países Bajos, y a través de Dinamarca, hasta su país. Fue detenido en el puerto de Hirtshals (Dinamarca), justo delante de la entrada prohibida al *ferry* que se dirige a Noruega. En la determinación de la cuantía de la pena se consideró, por un lado, su corta edad y, por otro, la peligrosidad de la sustancia. El condenado fue desterrado por 10 años.[51]

– 2 años y 6 meses: una iraní fue condenada por poseer 870 g. de heroína que pretendía introducir en Dinamarca, a 2 años de prisión con remisión condicional. Posteriormente, fue condenada por las mismas circunstancias por un intento de introducción ilegal, por lo cual se tuvo en consideración la prisión preventiva de 3 meses sufrida en Alemania. A juicio del tribunal danés, no se admite una condena condicional "por el tipo de hecho punible".[52]

– 1 año y 6 meses: un *correo* pretendió transportar, a cambio del pago de 100.000 ptas., 5 kg. de hachís desde Marruecos hasta Portugal.[53]

– 1 año y 3 meses: un holandés de 20 años introdujo 100 g. de heroína (con un grado de pureza del 29%), como *correo* no independiente, recibiendo a cambio una modesta remuneración. La droga se introdujo a través del puerto de Rydby, en Dinamarca. El condenado fue expulsado del país.[54]

III. Cumplimiento de la pena

Los *correos* extranjeros condenados en Dinamarca, tras el cumplimiento de la condena, son expulsados del país (véase *infra*). Con respecto a ellos, existe la presunción de un especial peligro de fuga, lo que repercute desde distintos puntos de vista en las condiciones del cumplimiento de la pena.

1. *Régimen penitenciario cerrado*

El especial trato que reciben consiste en que los *correos* extranjeros condenados a una pena privativa de libertad son preferente-

[51] Vestre Lansdsret, 1987, *Domme i kriminelle sager* 1987-89, p. 124.
[52] Ostre Lansdsret, 1991, *Domme i kriminelle sager* 1990-92, pp. 142 ss.
[53] Ostre Lansdsret, en *UfR* 1977, p. 202.
[54] Ostre Lansdsret, 1987, *Domme i kriminelle sager* 1987-89, p. 124.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mente recluidos en prisiones cerradas. Según la Ley de Régimen Penitenciario, basada en lo referente a la colocación de los reclusos en una Circular del Ministerio de Justicia de 29.8.1983, deben cumplir su pena en un establecimiento abierto, a no ser que sea desaconsejable por razones especiales (§ 3, párrafo 1, de la Circular). Sobre todo, resulta desaconsejable cuando existe riesgo de huida (§ 3, párrafo 2, de la Circular). Por este motivo, según un anexo de la citada Circular, los hombres que tras el cumplimiento de la condena deban contar con su expulsión, deben ser alojados en la prisión cerrada de Horsens y Vridslφselille, y las mujeres en la de Ringe.

2. *Permisos de salida*

Durante el cumplimiento de la condena los reclusos que posteriormente serán expulsados pueden acceder a los *permisos de salida* bajo unas condiciones especialmente gravosas: sólo pueden ser concedidos por las autoridades penitenciarias centrales, y no por otras que son normalmente competentes, como las del propio establecimiento penitenciario (§ 3.a de la Circular del Ministerio de Justicia de fecha 18.3.86). Para dicha concesión, debe ser oída en estos casos la policía (§ 5 de la misma Circular) y debe atenderse especialmente, en la valoración del peligro de fuga, si existe el riesgo de que el sujeto abuse y se sustraiga a la posterior ejecución de la condena o a la deportación (§ 4, párrafo 4, de la Circular). Según una Directiva del Ministerio de Justicia de 10.1.1994, puede concederse un permiso de salida para visitar dentro del país a personas allegadas con las que haya existido un contacto previo a la ejecución de la condena, sólo tras una escrupulosa valoración del riesgo de abuso en el caso particular (punto I.7 de la Directiva).

3. *Suspensión de la pena*

Finalmente, los reclusos del grupo aquí descrito reciben un trato más gravoso en comparación con el que se presta a los nacionales: normalmente son excarcelados a prueba tras el cumplimiento de 7/12 de la condena, frente a la exigencia ordinaria de cumplimiento de 2/3 de la misma. La base jurídica para esta desigualdad la

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

aporta el § 38, párrafo 2, de la ley penal, en relación con el punto II.A.1 de una *Directiva* del Ministerio de Justicia sobre la liberación a prueba. Mientras que de otro modo la liberación condicional anticipada presume que el interesado cuenta con un alojamiento adecuado y un trabajo u otro medio de sustento, en estos casos se mantiene la presunción contraria, por lo que la expulsión puede llevarse a cabo fácilmente.

4. *Expulsión*

Los extranjeros que han perpetrado un delito pueden ser expulsados en determinados casos. Según la Ley de Extranjería, esta posibilidad requiere que se esté en alguno de los siguientes supuestos:

– extranjeros que residan legalmente en Dinamarca desde hace más de 7 años, condenados por continuada y grave criminalidad, o a una pena incondicional de prisión de, al menos, 6 años (§ 22).

– extranjeros que residan legalmente en Dinamarca durante al menos los 4 años anteriores, condenados a una pena de prisión incondicional de, al menos, 4 años, o a una pena de prisión incondicional de, como mínimo, 1 año por latente riesgo de reincidencia (§ 23).

– extranjeros que residan legalmente en Dinamarca desde, al menos, 2 años, condenados, como mínimo, a una pena de prisión de 1 año de duración (§ 24, párrafo 2).

– extranjeros que cuenten con una residencia fija y legal en Dinamarca, condenados a una pena superior al arresto y exista peligro de reincidencia (§ 24, párrafo 3).

– extranjeros condenados a una pena de prisión incondicional por un hecho punible que pueda suponer una pena de 2 o más años de prisión (§ 24, párrafo 1); también, bajo determinadas circunstancias, condenados a una pena privativa de libertad condicional o incondicional (arresto o prisión) por un delito que pueda acarrear una pena superior al arresto (§ 24, párrafo 4), o condenados que costeen su sustento total o parcialmente de manera ilegal, o que posean drogas o las consuman (§ 25, párrafo 2, Nº 2).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

C. INFORME DE LOS PAÍSES BAJOS

I. MARCO LEGAL

1. *Introducción*

Las sustancias contenidas en la Ley del Opio[55] se encuentran clasificadas en dos listas anexas a su texto. Las denominadas "drogas duras" (drogas de grave riesgo para la salud) se hallan en la Lista I; las conocidas como "drogas blandas" (drogas de menor riesgo para la salud) se recogen en la Lista II. Las correspondientes conductas prohibidas en los artículos siguientes de la ley se ordenan según estas dos clases de sustancias, aunque dichas conductas son idénticas en su respectiva regulación.

Efectivamente, los artículos 2.1.A y 3.A prohíben en los mismos términos introducir o extraer estupefacientes del territorio del Estado.[56] El art. 1.4 establece que bajo la expresión *introducción* se comprenden también ciertas conductas conectadas con la misma o derivadas de ella, como el transporte, la tenencia, la entrega, la recepción o, incluso, la tenencia *en trámite* o meramente transitoria. Esto significa que la conducta de quien no participa en el transporte transfronterizo de las sustancias, pero las recibe para su depósito o para su ulterior transporte, no sólo podría encontrar cabida en el supuesto de tenencia ilegal, sino también en el de introducción ilegal de las sustancias. Bajo estas mismas disposiciones se comprenden asimismo los supuestos de traslado de las drogas en el interior del cuerpo.[57] En cuanto a la extracción de las sustancias del territorio del Estado, el artículo 1.5 abarca las conductas (preparatorias) consistentes en el almacenamiento o depósito de drogas en un buque, vehículo o aeronave con destino al extranjero.

Los *correos* de la droga también pueden ser castigados por la mera posesión de drogas. Los artículos 2.1.C y 3.C sancionan, al respecto, la tenencia *actual* de drogas (es decir, contando con su

[55] Opiumwet, Ley de 12.5.1928, *Staatsblad* 167 (versión según su última modificación de fecha 22.6.1994). Los preceptos sin referencia legal en el texto se referirán, en adelante, a esta ley.

[56] El primero se refiere a las sustancias contenidas en la Lista I; el segundo, a las de la Lista II.

[57] Hoge Raad de 2.7.1984, *Nederlandse Jurisprudentie* 1985, 156.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

disponibilidad inmediata). No obstante, la pena será atenuada bien cuando se trate de derivados del cáñamo y la cantidad de la droga no exceda de 30 g. (art. 11.4), bien cuando tratándose de las llamadas *"drogas duras"* la cantidad poseída sea de escasa importancia y se encuentre destinada al propio consumo (art. 10.5).[58]

2. *Delitos*

Los delitos se hallan formulados en los artículos 10 a 13. El primero regula las consecuencias jurídico-penales de la contravención de las prohibiciones relativas a las denominadas *"drogas duras"*, por lo que ha de ser puesto en relación con el artículo 2º.[59] El artículo 10a completa el precepto anterior (art. 10) y castiga la tentativa de tomar parte en los hechos a que se refiere el artículo 2.1 en sus apartados A, B y D, así como la preparación y la promoción de los mismos. El artículo 11 alude exclusivamente al artículo 3 y establece, en correspondencia con este precepto, los principales tipos penales en relación con los derivados del cáñamo.

Las sanciones previstas para los *correos* que introducen drogas en los Países Bajos son las siguientes:

– Para *drogas duras*: la infracción de lo establecido en el artículo 2.1.A dará lugar, a tenor de lo previsto en el artículo 10, a una pena privativa de libertad de hasta 12 años (*prisión*) y una multa de hasta 100.000 florines, si se trata de una conducta dolosa. Conforme al artículo 10.1, si la conducta fuera imprudente, podría imponerse, alternativamente, una pena privativa de libertad de hasta 6 meses (*arresto*) o una multa de hasta 25.000 florines.

– Para *drogas blandas*: el artículo 11.3 establece una pena privativa de libertad de hasta 4 años (*prisión*) y/o una multa de hasta 25.000 florines, para el caso de la comisión dolosa de alguna de

[58] Como complemento de la regulación cabe mencionar además los arts. 2.1.B y 3.B, que prohíben diversas conductas que consisten en la *difusión* (en sentido amplio) de estupefacientes. En ellos se contiene no sólo la venta, la puesta a disposición, la entrega y la promoción de las sustancias, sino también la preparación, la elaboración y la transformación; es decir, conductas que propiamente preceden a los actos de difusión.

[59] Téngase en cuenta lo señalado en la nota anterior.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

las conductas previstas en el artículo 3.1.A. En otro caso, a tenor del artículo 11.1, una pena privativa de libertad de hasta 1 mes (*arresto*) y/o una multa de hasta 5.000 florines.

El artículo 12 extiende –en un cuarto más– los límites de las multas (contemplados en los artículos 10.1-4, 10a.1 y 11.2 y 3) cuando el valor de los instrumentos con los cuales se hayan cometido los hechos o de los objetos que procedan de éstos supere el importe máximo de las multas previstas para cada supuesto.

El artículo 13 califica las figuras de los artículos 10, 10a y 11 como delitos o como contravenciones (faltas). El artículo 13a dispone, finalmente, que las sustancias serán decomisadas.

II. Jurisprudencia

1. *Directrices básicas*

Existen unas directrices, dadas por la Fiscalía del Estado, por las que se han de regir la investigación de los hechos contemplados en la Ley del Opio y determinados aspectos del proceso penal por estos delitos.[60] En ellas se establece que una conducta dolosa del artículo 2.1.A llevada a cabo por un *correo* de droga deberá ser castigada con una pena privativa de libertad de al menos 2 años, y que la comisión de una conducta dolosa de las previstas en el artículo 3.1.A. deberá ser castigada con una pena de al menos 1 año de privación de libertad, excepto en los casos de consumo.

2. *La práctica jurisprudencial*

La duración media de las penas impuestas por el Tribunal de Amsterdam por delitos de tráfico de drogas (*duras* y *blandas*) fue en 1984 de algo más de un año, mientras que en 1986 ascendió a aproximadamente dos años y medio. Sólo en alrededor de 30 de las 300 sentencias dictadas por el Tribunal en 1986 sobre casos de estupefacientes se impusieron penas de no más de 6 meses de privación

[60] Richtlijnen voor het opsporings- en S*trafvorderingsbeleid inzake strafbare feiten van de Opiumwet* 18.7.1980, *Staatscourant* 137.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de libertad; en 79 casos las penas fueron de una duración igual o superior a 3 años. La razón reside en el ascenso observado del número de *correos* de la droga.[61]

En la determinación de la pena, el tribunal atiende especialmente a las circunstancias siguientes: la cantidad de la sustancia, el ánimo de lucro del autor, la eficacia ejemplarizante de la pena frente a potenciales *correos* de la droga, el grado de organización y el carácter primario o reincidente del autor.[62]

El *Centro de Investigación y Documentación* holandés presentó en 1988 los resultados de una investigación sobre la persecución de delitos relativos a sustancias estupefacientes.[63] Allí se señalaba que de todos los casos sentenciados de introducción o salida de *drogas blandas* en cantidades superiores a los 3 kg., sólo en uno de ellos la pena impuesta superó el límite mínimo establecido en las directrices dictadas para la aplicación de la Ley del Opio. Esto significa que dichas directrices no han sido observadas en la práctica. Por lo que se refiere a las *drogas duras*, el citado informe llegaba a la conclusión de que las penas impuestas se mantuvieron por debajo de los límites mínimos fijados en las directrices en más de la mitad del total de las sentencias.[64]

En un dictamen de derecho comparado del Instituto Max-Planck de derecho penal extranjero e internacional, de Friburgo (Alemania), se señala que, en general, cuando se trata de *drogas duras* las penas privativas de libertad son más elevadas y más frecuentemente impuestas que en los casos de conductas relacionadas con *drogas blandas*.[65] En relación con lo que se observa en el caso de Alemania, las penas impuestas en los Países Bajos son más rigurosas, a propósito de lo cual se señala en el dictamen: "la generalmente alabada benignidad punitiva de los Países Bajos deja de serlo y se convierte en severidad, pese a lo que se suele creer, en el caso de los delitos relacionados con los estupefacientes".[66]

[61] Rook, A./Essers, J.J.A.: *Vervolging en Strafvordering bij Opiumwetdelicten, WODC Den Haag* 1988, p. 40.

[62] Krabbe, H.G.M. (edit.): *De Opiumwet, Een strafrechtelijk commentaar, Alphen aan den Rijn* 1989, p. 178. También, Rook/Essers, ibídem.

[63] Rook/Essers, ibídem.

[64] Ibídem, p. 40.

[65] Meyer, J. (edit.): *Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa, Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des Bundeskriminalamts*, Freiburg 1987, p. 479.

[66] Ibídem.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

A un resultado análogo llega también una monografía sobre la Ley del Opio, donde se constata que la gravedad de las penas impuestas a los *correos* de la droga se desvía sensiblemente de los límites mínimos previstos en las directrices dadas.[67]

En un reciente estudio sobre mujeres latinoamericanas que sirven a las tareas de transporte internacional de drogas se afirma que de los 246 casos pendientes ante los tribunales entre los años 1987 y 1989, 207 de ellos correspondieron a casos relacionados con *drogas duras*.[68]

Hasta 1990 vinieron siendo impuestas a los *correos* de la droga penas privativas de libertad de larga duración (de 5 o más años).[69] Desde 1990 se observa, sin embargo, que las penas impuestas son, cada vez con mayor frecuencia, de entre 1 y 5 años de duración. Estas penas más benignas han solido ser impuestas especialmente a aquellos *correos* que transportaron pequeñas cantidades de droga.

III. Ejecución de las penas

1. *Excarcelación anticipada*

El artículo 15 del Código Penal prevé la posibilidad de licenciamiento anticipado en los casos de penas privativas de libertad de un año de duración como máximo, siempre que el tiempo de estancia en prisión haya sido de un mínimo de seis meses y que se haya cumplido un tercio de la condena. Un condenado a una pena privativa de libertad de duración superior a un año puede ser excarcelado una vez cumplidos dos tercios de la pena.[70]

2. *La ley de* recepción *del proceso penal y de ejecución de sentencias penales*

La ley de *recepción* del proceso penal y de ejecución de sentencias penales posibilita a los ciudadanos holandeses que se encuentran

[67] Krabbe, *op. cit.*, p. 177.

[68] Jansen, J.: *Latijnsamerikaanse drugskoeriersters in detentie: ezels of zondebokken?*, Utrecht 1994, pp. 39-40.

[69] Jansen, *op. cit.*, pp. 43-44.

[70] El art. 15a del Código Penal contempla las excepciones a este régimen.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en el extranjero, así como a los extranjeros detenidos en los Países Bajos, el cumplir la pena en este país.[71] Análogamente, las sentencias penales dictadas por tribunales holandeses pueden ser ejecutadas en otros Estados. Esta ley prevé un procedimiento para el reconocimiento de sentencias extranjeras. De conformidad con su texto, la pena impuesta en el extranjero se ha de transformar en una sanción equiparable enteramente a una pena impuesta por un tribunal nacional. Pero existen al respecto las dos posibilidades siguientes: aceptar la sentencia extranjera, en los casos en que por razón de su naturaleza y duración sea compatible con el derecho holandés; o transformar la pena impuesta en el país extranjero en una nueva pena, acorde a las escalas holandesas. Para ello, el Tribunal Supremo holandés (*Hoge Raad*) ha establecido en numerosas sentencias una suerte de procedimiento de *exequátur*.[72] De acuerdo con lo previsto en el artículo 31.1 de la ley, el juez ha de fijar la pena dentro de los límites previstos por la legislación holandesa. Esto significa, pues, que el juez se encuentra vinculado para decidir la naturaleza de la pena y su máximo a lo establecido por las normas previstas para los delitos en los Países Bajos. Para ello, se han de tener en cuenta los siguientes presupuestos:

– La pena impuesta por el Estado extranjero ha de ser transformada en una pena que –medida de acuerdo con las escalas utilizadas en el derecho interno holandés– se corresponda con la gravedad y las circunstancias del hecho y con la personalidad del autor.

– El juez debe valorar correctamente las peculiaridades propias del Estado extranjero, debiendo prestar una atención especial a los usos sociales y a las prácticas de dosimetría penal vigentes.[73]

– Los jueces nacionales deben ser "diplomáticos" y hallar una pena adecuada, ya que en otro caso el Estado extranjero de que se trate podría en el futuro denegar su colaboración en casos semejantes.[74]

[71] *Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen*, Ley de 10.9.1986, *Staatsblad* 1986, 464 (versión según su última modificación de fecha 29.6.1994), *Staatsblad* 501.

[72] Por ejemplo, Hoge Raad de 26.6.1990, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991, 188, 190 y 192; también, Hoge Raad de 21.12.1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995, 199.

[73] *Cfr.* Hoge Raad de 26.6.1990, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991, 188 y 191; también, Hoge Raad de 28.5.1991, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991, 712.

[74] Hoge Raad de 26.6.1990, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991, 190.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3. *Expulsión*

De conformidad con el artículo 22.1 de la Ley de Extranjería,[75] pueden ser expulsados del país aquellos ciudadanos extranjeros que tengan prohibida la estancia en los Países Bajos (según lo dispuesto en los artículos 8 a 10 de la misma Ley). Este es, entre otros, el caso de quienes ponen en peligro el orden público o la seguridad, supuestos a que da lugar la infracción de las disposiciones de la Ley del Opio.

4. *Extradición*

El artículo 51a de la Ley de Extradición[76] contiene la posibilidad de la extradición en los casos de delitos de tráfico de drogas contemplados por la Ley del Opio, además de en otros supuestos. La extradición sólo es posible en caso de comisión dolosa de alguno de los delitos previstos en los artículos 2.1.A y 3.1.A, y sólo si el delito entra dentro de la definición del artículo 36.1 de la Convención Única sobre Estupefacientes.[77] La extradición es también posible últimamente para otros delitos como la receptación, la pertenencia a una organización criminal o ilícita, encubrimiento, etc., dado que estos delitos se contemplan en el artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1988.[78]

D. INFORME DE ESPAÑA

I. MARCO LEGAL

1. *Infracciones y sanciones penales previstas para los sujetos que introducen la droga en España*

1.1. Código Penal

La regulación penal de los delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el nuevo Código Penal de 1995 no ha experimentado cambios sustanciales con respecto a la anterior. Concretamente, las figuras delictivas aplicables a los *correos de la droga* aparecen redactadas exactamente con los mismos términos que figuraban en el anterior art. 344: el nuevo art. 368 continúa castigando las conductas de tráfico, posesión (con fines de cultivo, elaboración o tráfico)[79] o cualquier otra de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.[80] La penalidad prevista depende de que se trate de sustancias que causen grave daño a la salud ("*drogas duras*") o no ("*drogas blandas*").[81]

De acuerdo con ello, a un *correo* que, por ejemplo, introdujese en España 100 g. de cocaína se le podría imponer la pena de prisión de 3 a 9 años y una multa del tanto al triplo del valor de la droga (este valor se determinará atendiendo al precio final del producto o, en su caso, a la recompensa o ganancia obtenida o que se hubiera podido obtener, según el art. 377).

El art. 369 [antes, 344 bis a)] contempla los siguientes supuestos de agravación[82] de las penas del tipo básico anterior: cantidad

[75] *Vreemdelingenwet*, Ley de 13.1.1965, *Staatsblad* 139 (versión según su última modificación de fecha 26.4.1995), *Staatsblad* 250.

[76] *Uitleveringswet*, Ley de 9.3.1967, *Staatsblad* 139 (versión según su última modificación de fecha 29.6.1994), *Staatsblad* 501.

[77] *Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen, Tractatenblad* 1980, 184.

[78] *Tractatenblad* 1989, 97 y 1990, 94.

[79] Debido a la ambigüedad de la redacción del delito, cabría también relacionar la posesión con los fines de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de estas sustancias, como ha observado la doctrina y sostiene decididamente el Tribunal Supremo (entre otras sentencias recientes, las de 15-II-1993, 1108 RJA; 26-IV-1993, 3221 RJA y 30-V-1994, 4063 RJA).

[80] Para integrar el concepto de *drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, el Tribunal Supremo acude a las listas de sustancias que figuran anexas a los convenios internacionales sobre la materia.

[81] Las penas han experimentado una ligera variación en el nuevo Código Penal. Por lo que se refiere a las privativas de libertad, sus límites son más amplios cuando las sustancias objeto del tráfico son de las que causan grave daño; en los demás casos, los límites –superior e inferior– son más altos: pena de prisión de tres a nueve años (y multa del tanto al triplo del valor de la droga) y pena de prisión de uno a tres (y multa del tanto al duplo), respectivamente (téngase en cuenta que el nuevo Código suprime el instituto de la *redención de penas por el trabajo*, en virtud del cual el tiempo de cumplimiento de las penas se acortaba en un día por cada dos de *trabajo* en la prisión). Las sustancias que causan grave daño no se encuentran determinadas legalmente. Con referencia a las más frecuentes, el TS entiende que son sustancias que causan grave daño: la heroína, la cocaína, el LSD y, recientemente, el *éxtasis*; y que no lo son los derivados del cáñamo índico.

[82] Se señalan sólo aquéllas en relación con la conducta de los *correos*. Se establecen para todas ellas penas superiores en grado y multa del tanto al cuádruplo.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de *notoria importancia*,[83] adulteración, manipulación o mezcla, con incremento del posible daño a la salud; pertenencia a organización o asociación con finalidad –incluso ocasional– de difusión de estas sustancias; participación del culpable en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por el delito; carácter del culpable de autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, obrando con abuso de su profesión, oficio o cargo; y utilización de menores de 16 años.

Así si, por ejemplo, el *correo* introdujese en España 500 gramos de cocaína (una cantidad de droga *"dura"* considerada *de notoria importancia*), la pena de prisión aplicable tendría una extensión de 9 a 13 años y 6 meses y la multa tendría un importe del tanto al cuádruplo del valor de la sustancia.

A continuación, el art. 370 [antes, 344 bis b)] prevé una agravación de las penas (agravadas) del artículo anterior (ordena la aplicación de la pena superior en grado además de la multa del tanto al séxtuplo). Se refiere a los casos en que las conductas del art. 369 sean de *extrema gravedad* y a cuando el culpable fuera jefe, administrador o encargado de las organizaciones o asociaciones aludidas en el art. 369.6°.

Si concurriera cualquiera de estas agravaciones, la pena que se podría llegar a imponer en el caso del ejemplo anterior sería la de prisión de 13 años y 6 meses a 20 años y 3 meses y multa del tanto al séxtuplo del valor de la droga.

1.2. Ley Orgánica 7/1982, de Contrabando. Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando

La Ley 7/1982 recogía infracciones penales relativas a la importación, exportación, posesión, realización de operaciones de comercio o circulación, transporte en buque, trasbordo, etc., de drogas

[83] Según criterios jurisprudenciales, atendiendo a la clase de sustancia (aproximadamente: heroína> 50-60 g.; cocaína> 120 g.; LSD> 200 dosis; derivados cannabáceos> 1.000 g.) y teniendo en cuenta su grado de pureza. Existen orientaciones de la Fiscalía General del Estado para los miembros del Ministerio fiscal (*cfr.* Circular 1/1984 de 4 de junio). Un sector de la doctrina ha solicitado que la notoria importancia de la cantidad de la sustancia sea establecida por ley o reglamento. Abordando el tema de la indeterminación de este concepto, véase la STS 18-I-1993 (123 RJA).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

o estupefacientes (art. 1°). En ella se establecía la pena de *prisión menor* y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos.

El día 14 de diciembre de 1995 entró en vigor la Ley Orgánica 12/1995, de Represión del Contrabando, que derogó la LO 7/1982, y cuyo art. 2.3.a) se refiere a las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores y cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito. Las penas previstas en la nueva ley son las de prisión menor (a entender, prisión de 6 meses a tres años, según la D.T^a. 11^a del NCP) y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos (art. 3.1). Las modalidades previstas, en relación con el objeto de este informe, son análogas a las contempladas en la anterior Ley Orgánica 7/1982.

2. *Normas relativas a la ejecución de las penas (referencia a las previsiones relativas a los extranjeros)*

En la legislación penitenciaria las únicas referencias que se encontraban dedicadas a los extranjeros eran las de los artículos siguientes del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981): 63 (con respecto a la posibilidad de cumplir el periodo de libertad condicional en el país de su residencia), 68 (que ordenaba la notificación a la Dirección de la Seguridad del Estado para el caso en que haya de ser expulsado del país una vez cumplida la condena; los supuestos de expulsión se prevén en el art. 26 de la LO 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España), 93 y 102.3 (sobre las comunicaciones orales con representantes diplomáticos o consulares) y 133 (relativo a la información escrita que han de recibir al ingreso en el centro penitenciario). Por su parte, la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, no dispone tampoco nada más con respecto a los extranjeros.

El día 25 de mayo de 1996 entró en vigor el nuevo Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero), cuyas disposiciones más relevantes en materia de presos extranjeros son las siguientes: art. 15.5 (derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares el ingreso en prisión y a la información en forma comprensible de este derecho; ≈ art. 17 RP de 1981), art. 26 (deber de notificación del Director, en casos de extranjeros sujetos a medidas de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, de la fecha previsible de extinción de la con-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dena a la autoridad competente; ≈ art. 68 RP de 1981), art. 27 (deber de notificación al Ministerio Fiscal de la fecha previsible de extinción de la condena en supuestos de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional –además de otro–), art. 49.3 (derecho a la comunicación con los representantes diplomáticos de su país; ≈ art. 93 RP de 1981), art. 49.4 (análogo derecho de los súbditos de países que no tengan representante diplomático o consular, así como de los refugiados y los apátridas; ≈ art. 102.3 RP de 1981), art. 52.2 (deber de informar a los internos extranjeros de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional), art. 52.4 (deber de facilitar información por medio adecuado para su comprensión a aquellos internos extranjeros que no puedan entender la información proporcionada por escrito; ≈ art. 133 RP de 1981), art. 197.1 (posibilidad de disfrute de la libertad condicional en el país de residencia; ≈ art. 63 RP de 1981), y, finalmente, art. 197.2 (deber de comunicación al Ministerio Fiscal de las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros, con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal).

II. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La introducción de drogas en territorio español por *correos* recibe la calificación jurídica de conducta consumada de "posesión preordenada al tráfico" de estas sustancias (art. 344 CP 1973) en las sentencias del Tribunal Supremo.[84] Frecuentemente se aprecia en estos casos, por la cantidad de droga introducida, la circunstancia de *cantidad de notoria importancia*. Dado que la posesión para el propio consumo es impune, el TS recurre a indicios objetivos para determinar esta finalidad de tráfico (hábito de consumo o no del poseedor,[85] cantidad poseída, instrumentos o utensilios hallados,

[84] STS 13-III-1995 (1837 RJA), citando otras.

[85] El TS ha atribuido, en ocasiones, a la posesión de las drogas por quien no es consumidor la finalidad de transmisión a terceros (entre otras, SSTS 26-IX-1983, 26-XII-1983, 16-III-1984).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

etc.). Estos sujetos son considerados autores por su relación material de disponibilidad de la sustancia (autores de la *posesión*) o por su participación en el hecho del *tráfico* con hechos necesarios (cooperación necesaria, equiparada a la autoría a efectos de la penalidad, art. 14 CP 1973).[86]

En cuanto a las circunstancias que afectan a la responsabilidad criminal, el TS rechaza la posibilidad de eximir de toda responsabilidad por causa de un estado de necesidad (causa de justificación) en estos casos.[87] No obstante, en una reciente sentencia ha admitido un estado de necesidad *incompleto* (de efectos solamente atenuantes de la pena) con referencia al caso de un ciudadano de Bolivia que introdujo droga en España para sufragar la operación quirúrgica de su hija, gravemente enferma (STS 8-VI-1994, 4544 RJA).[88]

Salvo en unos pocos casos (poco uniformes entre sí), entiende el TS que junto con el delito de tráfico de drogas concurre un delito de contrabando[89] (LO 7/1982), bien por tratarse de infracciones que poseen bienes jurídicos diferentes,[90] bien por atacar al mismo bien jurídico (la *salud pública*), pero en diferentes manifestaciones.[91] El resultado de esta interpretación es el castigo de dos

[86] Sobre los llamados "*body-packets*", véase la Instrucción de la Fiscalía General del Estado relativa a la posibilidad de que las conductas de negativa al reconocimiento médico o radiológico (ordenado por un juez) constituyan un delito de desobediencia. Sobre la compatibilidad del derecho constitucional a la intimidad con las radiografías en estos casos, véase la STC 37/1988.

[87] Por todas, véase la STS 13-II-1995 (816 RJA).

[88] En este caso, el TS mantuvo la sentencia de la Audiencia, que, estimando que había concurrido en el caso un estado de necesidad incompleto, impuso al reo la pena de un año de prisión menor y 27.000.000 de pesetas de multa por el delito de tráfico de drogas (de acuerdo con el marco punitivo previsto en el art. 344 del CP 1973).

[89] Que se consuma, según la jurisprudencia, tan pronto como se introducen en el *espacio geográfico español* [del que se consideran parte integrante las oficinas de Aduanas; *cfr.* STS 10-III-1995 (1826 RJA), citando otras muchas en el mismo sentido], aunque también se ha estimado que no se consuma hasta la entrada en la zona de seguridad aduanera (para dar cabida a los supuestos en los que la droga se introduce desde ciudades o zonas francas del territorio español, *cfr.* SSTS 30-IV-1992, 3353 RJA, y 20-IX-1994, 7002 RJA). En alguna sentencia ha entendido el TS que la represión penal de estas conductas se encuentra doblemente justificada después de la entrada en vigor del *Acuerdo de Schengen* (*cfr.* STS 29-IV-1994, 9340 RJA).

[90] En este sentido, la STS 17-V-1994 (3917 RJA), aludiendo al *orden social económico interno* y a la *salud pública*, entre otras citadas en ella.

[91] Véanse las SSTS 4-IV-1992 (2757 RJA) y 12-I-1995 (131 RJA), aludiendo a su ámbito "estatal" y "supraestatal" (!). Análogamente, la STS 17-IV-1993 (3311 RJA).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

delitos conforme al expediente del concurso ideal (art. 71 CP 1973),[92] lo que ha planteado numerosas críticas doctrinales por la vulneración del principio *non bis in ídem*.[93]

Siguiendo esta línea jurisprudencial, en el caso de introducir 500 gramos de cocaína en territorio español se podría llegar a imponer la pena de prisión de once años y tres meses a 13 años y seis meses y multa del duplo al cuádruplo del valor de la droga (art. 77.2 CP 1995).

III. Consecuencias prácticas. Especial referencia al cumplimiento de las penas privativas de libertad

Muchas de las dificultades que se observan en la ejecución de las penas privativas de libertad por los *correos de la droga* derivan de la propia condición de *extranjero* del condenado, más que de la clase concreta de delito cometido.

En numerosos casos, no llega siquiera a culminarse el *iter* judicial para el castigo de estos delitos o el cumplimiento correspondiente de las penas. Efectivamente, la política que se sigue con respecto a esta clase de delincuencia pretende reducir la presencia de penados extranjeros a través de la expulsión durante la tramitación del proceso [según lo dispuesto en los arts. 21.2 y 26.1.d) de la LO 7/1985] o, en su caso, tratando de aplicar los convenios sobre traslado de presos a sus lugares de procedencia para cumplir allí la pena impuesta.

[92] Véanse, por todas, las SSTS 9-VI-1993 (4949 RJA) y 21-VI-1994 (5220 RJA, recogiendo un resumen de la línea jurisprudencial sobre este aspecto).

[93] Entre otros autores: Agulló Agüero, A.: "'*Non bis in ídem*', contrabando y tráfico de drogas", en Boix Reig, J./Rodríguez Marín, J./Vives Antón, T.S. (coords.): *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, 2ª. ed., Valencia 1988, p. 90; Boix Reig, J./Jareño Leal, Mª. A., en Vives Antón, T. S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia 1996, pp. 1692-1694; Queralt Jiménez, J. J.: *El principio non bis in ídem*, Madrid 1992, p. 17; Vives Antón, T. S.: "Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes", en Boix Reig, J./Rodríguez Marín, J./Vives Antón, T. S. (coords.): *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, 2ª. ed., Valencia 1988, p. 253. De acuerdo con la línea jurisprudencial señalada en el texto, el TC se ha pronunciado entendiendo que la doble sanción no vulnera el principio *non bis in ídem* (*cfr.* Auto de 16-VII-1990). Puede consultarse una excelente síntesis de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en García Alberó, R.: *Non bis in ídem material y concurso de leyes*, Barcelona 1995, nota 2, p. 32.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La posibilidad de expulsión del *correo* extranjero ha sido reforzada por el art. 89.1 del nuevo Código Penal de 1995, que dispone:

"Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado".

Con respecto, finalmente, al cumplimiento de las penas por estos sujetos en España, se observan desviaciones importantes de los principios que inspiran su orientación constitucional (reeducación y reinserción social, art. 25.2 CE), que se materializan en las limitaciones del tratamiento, del disfrute de permisos y beneficios penitenciarios, del acceso a la libertad condicional, etc. Estas limitaciones tienen su origen en una práctica de *desconfianza hacia el extranjero* que deriva de la precariedad en la que estos sujetos normalmente se encuentran (indocumentación, falta de contactos en el exterior de la prisión, etc.).[94]

PANORÁMICA DE DERECHO COMPARADO Y CONCLUSIONES

I. Marco legal

Los preceptos aplicables a los *correos de la droga* se encuentran contenidos, bien en el Código Penal (caso de Dinamarca y España), bien en leyes penales especiales (en el caso de Alemania y los Países Bajos) en la legislación de los países de este estudio. Generalmente, estas conductas son punibles con base en el hecho mismo de la introducción de las sustancias en el territorio del correspondiente Estado, si bien la pena prevista para estos casos varía sensiblemente de unos países a otros.

En concreto, con respecto a los tipos básicos, los límites de las penas privativas de libertad oscilan entre 1 mes y 5 años en el caso de Alemania, 30 días y 6 años en el caso de Dinamarca, 1 día y

[94] *Cfr.* Sánchez Yllera, I.: "Extranjeros en prisión", en *Jueces para la Democracia*, núm. 10 (set. 1990), pp. 65 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

12 años en los Países Bajos, y entre 1 y 9 años en el caso de España (aunque en estos dos últimos países los márgenes dependen de la clase de droga –*"dura"* o *"blanda"*– de que se trate[95]). El marco punitivo comparado abarca, pues, un período que se extiende entre 1 día y 12 años (ambos límites corresponden a los Países Bajos).

Esta constatación muestra que los países cuya política en materia de drogas es conocida por su dureza, ceden su lugar en cuanto a la represión de estas conductas concretas a otros que se han caracterizado tradicionalmente por su benignidad en este campo. Efectivamente, así resulta del marco teórico que define los límites posibles de la sanción en las correspondientes leyes, pero esta apreciación no se mantiene en la práctica judicial, como se recoge de una forma sintética a continuación.

Las penas señaladas pueden verse incrementadas por la concurrencia de diversas circunstancias. Pueden consultarse, al respecto y especialmente, los §§ 29 III, 29a, 30, 30a de la *BtmG* (Alemania), así como los arts. 369 y 370 del Código Penal español de 1995, donde se prevén algunas como la peligrosidad de las sustancias para la salud, la cantidad de la droga y el grado de organización de la actividad.

No existen, por lo demás, espacios físicos de impunidad para los *correos* de la droga. El principio de justicia universal permite la persecución de estos hechos en cualquier lugar del mundo.[96]

II. Jurisprudencia

La determinación judicial de la pena se orienta por los criterios de la cantidad y la clase de las drogas (*duras* o *blandas*), el importe de las ganancias y aspectos subjetivos como el ánimo de lucro del autor. La especial situación de necesidad que mueva al sujeto a llevar a cabo la actividad de *correo* no sirve en la práctica judicial para fundamentar suficientemente un estado de necesidad justificante, aunque sí se ha apreciado en ocasiones como una circunstancia relevante para la atenuación de la pena (*cfr.* informes de Alemania y España). Eventualmente, se observa un tratamiento punitivo más

[95] El marco señalado en el texto para el caso de los Países Bajos y España (CP de 1995) se refiere al previsto para las *"drogas duras"*.

[96] Son especialmente ejemplificadores a estos efectos los informes de Alemania y Dinamarca.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

benigno de los *correos* en aquellos casos en los que la remuneración económica fijada para recompensar su actividad es de escasa importancia (*cfr.* informe de Dinamarca).

La fijación de la pena dentro de los marcos teóricos señalados en las leyes depende fundamentalmente de la discrecionalidad judicial. Ésta solamente se encuentra guiada por una serie de directrices en el caso de los Países Bajos, que tampoco son, por lo demás, observadas en todos los casos. La revisión de la jurisprudencia en la materia muestra que las penas impuestas por estos delitos oscilan entre 1 año y 6 meses y 11 años en el caso de Alemania, y entre 1 año y 3 meses y 10 años en el caso de Dinamarca. Por lo que se refiere a los Países Bajos, desde 1990 se imponen penas de entre 1 y 5 años. En España, debido a la frecuente apreciación jurisprudencial de un concurso ideal entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando, las penas pueden alcanzar los máximos legales previstos en los correspondientes preceptos. Ello puede conducir, por ejemplo, en el caso de introducción de 500 g. de cocaína en el territorio del Estado español, a una pena privativa de libertad de 11 años y 3 meses (CP de 1995), equivalente a la pena contemplada en Alemania para la introducción de 6 kg. de heroína (11 años) y en Dinamarca para el transporte de 10 tm. de cocaína (10 años).

Las diferencias que se observan en la práctica de determinación de las penas difiere, pues, en gran medida, de la diversidad de los marcos punitivos legales previstos en la legislación de cada Estado. De este modo, la reputación de los Países Bajos, como Estado comedido en la aplicación de las penas, se mantiene, mientras que en España se aprecia un tratamiento penal muy riguroso de los *correos* de la droga.

Finalmente, cabe advertir que en aquellos ordenamientos donde no se contempla la diferencia entre *drogas duras* y *blandas* (caso de Alemania y Dinamarca), en la práctica es tenida en cuenta para la fijación de la pena.

III. Ejecución de las penas

En general, en la fase del sumario, se observa que los *correos* extranjeros de la droga padecen la prisión preventiva con mayor rigor que los propios nacionales, debido al automatismo que rige su aplicación y a su mayor duración. Ello se suele tratar de fundamen-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tar en el elevado peligro de fuga del inculpado (*cfr.* informes de Alemania y Dinamarca).

Este mismo riesgo también se aduce para justificar las limitaciones que frecuentemente se imponen a estos sujetos con respecto al régimen penitenciario *ordinario* (por ejemplo, por lo que se refiere a los permisos de salida). Efectivamente, se observa que el régimen abierto o los diversos permisos de salida previstos en las leyes, o nunca se conceden a estas personas (*cfr.* informes de Alemania y Dinamarca), o se exige para alcanzarlos el cumplimiento de una serie de rigurosos requisitos extraordinarios.

Asimismo, se aprecia invariablemente que los *correos* extranjeros sufren con mayor frecuencia medidas coercitivas y mayores restricciones de su libertad que los nacionales en la fase de cumplimiento de las penas. Esto revela que el fin resocializador y rehabilitador del cumplimiento de las penas queda soslayado completamente en estos casos. A tal desviación contribuyen, además, otros factores, como el desconocimiento por los *correos* del idioma extranjero o el hecho mismo de la ajenidad cultural con respecto al marco en que se hallan (especialmente, en el caso de Alemania).

A menudo, se concede a estos sujetos la remisión de una parte de la pena, ante la posibilidad de su inmediata expulsión del país, una vez que han cumplido un cierto tiempo (mínimo) de estancia en prisión y han satisfecho una determinada porción de la condena. Ello se corresponde con la política común de estos países en la materia, encaminada primordialmente a *desembarazarse* cuanto antes de los presos extranjeros que se encuentran en su territorio.

IV. Observaciones finales

Los *correos* son responsables de la introducción ilegal de sólo una exigua cantidad de drogas en los países consumidores. Debido a ello, puede parecer desproporcionado el elevado esfuerzo que los países dedican a la persecución de estas actividades. En relación con esto, conviene tener presente que las organizaciones internacionales dedicadas al comercio de drogas se sirven con frecuencia de los *correos* individuales para desviar la atención de la policía en las aduanas. Por ejemplo, algunos intentos de introducción de droga por el aeropuerto de Frankfurt resultan tan burdos que no permiten pensar sino en que se trata de simples maniobras para despistar a los agentes de la policía (son hechos confirmados por

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la oficina de investigación de aduanas del aeropuerto): ¿cómo no va a despertar sospechas quien viaja portando consigo, por todo equipaje, un balón o una silla que exhibe con toda ingenuidad?

Por otra parte, ha de considerarse que, desde el punto de vista de las organizaciones internacionales dedicadas al narcotráfico, el riesgo de que algunos de los envíos individuales de droga sean interceptados por la policía es perfectamente asumido en términos económicos. La pérdida que supone que de cada cuatro envíos solamente uno de ellos llegue a su destino, es perfectamente enjugada con las ganancias que genera el elevado precio que llega a alcanzar la partida que logra penetrar en el mercado ilegal y, por supuesto, con las que generan las incomparablemente inmensas cantidades de droga que, paralelamente, se hacen llegar mientras tanto a los consumidores por otras vías terrestres o marítimas.

En otro orden de cosas, la situación de desempleo y pobreza generalizada de los países productores de drogas favorece la recluta de *correos* para esta clase de transporte. Pese a las políticas represivas de dichos países, dirigidas primordialmente contra estos sujetos,[97] la cifra de las personas que se encuentran en una situación económica desesperada es tan elevada que nunca podrá aspirarse a reducir sustancialmente el número de los potenciales *correos primarios* de drogas sin llevar a cabo reformas básicas en materia socioeconómica. Esta afirmación no se puede mantener, sin embargo, con respecto a los denominados *correos secundarios* (que operan en el marco interno de los mercados del consumo), porque con respecto a ellos la amenaza penal puede, efectivamente, producir los efectos intimidatorios pretendidos.

Finalmente, se ha de tener en cuenta que el problema de los *correos* representa solamente una parte del problema global que plantean las drogas. Por ello, su solución no puede provenir únicamente del empleo de medios penales, sino que sólo será posible mediante una nueva política en materia de drogas.[98]

[97] *Cfr.*, con respecto a los países de la región andina, Ambos, 1993, *cit.*, pp. 379 y ss.

[98] Sobre ello, véase Ambos: *Drogenkrieg in den Anden*, 1994, pp. 142 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

II. DERECHO PROCESAL PENAL

PROCESO PENAL ALEMÁN, PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS Y LA REFORMA EN AMÉRICA LATINA*

I. EL PROCEDIMIENTO NORMAL

1. ADVERTENCIA PREVIA

Mientras el principio acusatorio, es decir, la separación entre acusación y función de juzgar,[1] es reconocido en general en Europa y en Estados Unidos, existen notables diferencias respecto a la producción y presentación de la prueba, así como en la significación de cada una de las etapas del procedimiento. Con *Perron* podemos distinguir por lo menos tres estructuras de procedimiento acusatorio desde el punto de vista del derecho a la prueba.[2] El procedimiento *instructorio*, en el que el tribunal (co)determina la recepción de la prueba, porque existe un deber general de investigación de oficio y es posible una preparación en base a las actas instructorias (Alemania, Francia, Países Bajos, Austria y Portugal). El procedimiento *contradictorio*, en el que las partes aportan las pruebas por sí y las presentan en la audiencia principal contradictoria –que en la práctica raras veces se celebra– sobre la cuestión de culpabilidad (EE.UU., Inglaterra). El procedimiento *mixto*, que combina modelos del procedimiento instructorio y contradictorio (Italia, Japón y Suecia). Dentro de esos procedimientos hay por cierto otras diferencias, especialmente tendentes a la valoración y configuración

* Trabajo originalmente publicado por la Fundación Konrad Adenauer en 1996.

[1] Entre otros *cfr.* Roxin, 1995, pp. 75 y ss.

[2] *Cfr.* Perron, 1995, pp. 560 y ss.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de las etapas del procedimiento en particular, es decir –simplificando–, procedimiento instructorio o previo (prejudiciales), procedimiento principal y recursos (judicial).[3]

En lo que sigue se partirá del procedimiento normal alemán. En ello, para la finalidad aquí perseguida de la delimitación respecto del procedimiento abreviado, podemos conformarnos con una visión sobre el curso del procedimiento de primera instancia hasta la sentencia.

2. El procedimiento normal según la Ordenanza Procesal Penal alemana

El procedimiento normal se divide en un procedimiento instructorio fiscal (§§ 151-177 OPP)[4] y un procedimiento judicial (principio acusatorio). Dentro del procedimiento judicial cabe distinguir entre el procedimiento intermedio (§§ 99-211) y el procedimiento principal con vista de causa (§§ 213-275).

El *procedimiento instructorio* tiene lugar por regla general por una denuncia (§ 158), pero también por otra vía (§§ 160 I, 163, en especial por conocimiento oficial). Si la Fiscalía tiene conocimiento de este modo de un delito, debe "investigar los hechos" para poder decidir si se debe promover la acción pública (§ 160 I). En ello trabaja conjunta y estrechamente con la policía (§§ 161, 163),[5] la

[3] Compár. por ejemplo Perron, 1995, p. 552 como los allí publicados informes individuales de los países examinados.

[4] Todos los §§ siguientes sin mención en esta parte son del OPP (Ordenanza Procesal Penal) alemana.

[5] La OPP distingue los llamados funcionarios auxiliares de la Fiscalía (§ 152 GVG) de los demás funcionarios policiales. Ellos tienen especiales competencias coercitivas (*cfr.* por ejemplo, §§ 81a, 81c, 98 I, 105 I) y son nombrados por grupos por los gobiernos estatales en base a decretos ejecutivos (§ 152 II LOJ; *K/M-G*, nota 1997, § 152 GVG, nm. 1 y ss.). En *Baden-Württemberg (Ba-Wü)*, por ejemplo, quedan comprendidos dentro de la *Policía Federal de Fronteras* ("Bundesgrenzschutz") los funcionarios de ejecución policial (del sargento primero hasta el comisario principal) y los funcionarios administrativos en el servicio especial de la policía federal de fronteras; dentro de la *policía* (servicio de ejecución policial "Polizeivollzugsdienst") la policía criminal (desde el encargado en la oficina criminal al primer comisario principal), la policía uniformada (sargento primero al primer comisario principal) así como funcionarios de la policía fluvial y marítima; también existen funcionarios auxiliares en la administración federal de finanzas, el ferrocarril federal, el correo federal, las administraciones de bosques, caza y pesca, la administración minera y la fiscalía (*Bol. Legislativo* de Ba-Wü, 1985, p. 325; similar en Baviera: *GVBl.* 1985, 4, 14).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cual, no obstante su independencia orgánica (está subordinada al Ministro del Interior del Estado, la Fiscalía al Ministro de Justicia), le está asignada funcionalmente.[6] Ello tiene por consecuencia que la Fiscalía como "dueña del procedimiento instructorio" (§§152, 160) puede dar instrucciones a la policía para diligenciar determinados actos instructorios (§ 161), la que por otra parte debe remitirle "sin demora" sus actuaciones instructorias (§ 163 II). Con ello, por cierto, no se pretende –como se podría pensar en lectura objetiva de las palabras de la ley– que la policía informe a la Fiscalía de cada acto instructorio, sino que se considera suficiente que informe cuando ha llegado a una conclusión para ella racional y cuando las informaciones puedan servir a la Fiscalía como fundamento de decisión.[7] Así la policía investiga en la práctica de forma hasta cierto punto independiente –en definitiva debe actuar aun sin mandato fiscal frente a hechos sospechosos (§ 163 I)–,[8] si bien en cualquier momento la Fiscalía puede intervenir en las investigaciones. La Fiscalía decide entonces en base a los resultados de las investigaciones policiales, si éstas proporcionan "motivos suficientes para la promoción de la acción pública" (§ 170 I). Ello presupone que no exista un impedimento procesal, que no quepa –como excepción al principio de legalidad (§ 152 II)– un sobreseimiento por razones de oportunidad (§§ 153 y ss.) o –como excepción al principio oficial– la acción privada (§ 376), y exista una sospecha fáctica suficiente.[9] Si están dados estos presupuestos, la Fiscalía promoverá la acción pública (o un mandato penal o el enjuiciamiento en procedimiento acelerado).[10] De lo contrario suspenderá el procedimiento conforme al § 170 II (por razones fácticas o jurídicas) o §§ 153 y ss. (por razones de oportunidad). Con la primera declaración basada en una sospecha concreta[11] el inculpado obtiene los derechos de defensa y de negarse a declarar (*nemo tenetur*, § 136).

[6] En vez de muchos *cfr.* Roxin, 1995, p. 53.

[7] Compár. *K/M-G*, nota 1997 § 163, nm. 23: Presentación "tras el impostergable aseguramiento de las pruebas..., y tras la indispensable consideración de los correspondientes actos de investigación tomando en consideración los principios... de la estrecha colaboración".

[8] *K/M-G*, nota 1997 § 163, nm. 1.

[9] *K/M-G*, nota 1997 § 170, nm.1.

[10] §§ 407 y ss., 417 y ss. e *infra* II. 1.

[11] Sobre la delimitación entre declaración o interrogatorio incriminatorio (*Vernehmung*) e interrogatorio informativo o preventivo (*informatorische Anhörung*) –que no otorga los derechos del § 136– véase Roxin, 1995, pp. 178 y s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Con la presentación de la acusación (§ 200) se inicia el *procedimiento intermedio.* La acusación se presenta ante el juzgado competente para la vista de la causa con todas las actas instructorias (§ 199); se trata por tanto generalmente[12] del mismo tribunal para el procedimiento intermedio y para el principal.[13] El procedimiento intermedio tiene una "negativa *función de control*".[14] El acusado puede pedir pruebas y formular objeciones (§ 201) y el tribunal puede ordenar investigaciones complementarias (§ 202), pero decidirá en general sobre la apertura del procedimiento principal solamente en base a las actuaciones instructorias y la acusación. Si existe suficiente sospecha de delito, abre el procedimiento principal (§ 203) y si no –por otros motivos fácticos o jurídicos– puede rechazar la apertura (§ 204) o suspender (provisionalmente) el procedimiento (§§ 205, 206a, 206b). En la resolución de apertura se decide si la acusación se admite sin modificaciones para la vista de la causa o con qué alcance se la modifica (§ 207) y además se designa el tribunal competente.[15] El derecho al recurso de queja sólo corresponde al fiscal contra aquellas resoluciones que denieguen la apertura así como contra aquellas resoluciones que remiten a un tribunal de jerarquía inferior (§ 210 II).[16]

Con la resolución de apertura se pasa del procedimiento intermedio al *procedimiento principal.* Ante todo, la vista de la causa requiere una preparación exhaustiva, en especial la fijación de la vista (§ 213), la determinación de acusados y testigos (§§ 214-218) y cuando se dan las condiciones legalmente establecidas, también una recepción anticipada de prueba (§§ 223-225). La vista de la causa en sí misma (§§ 226-275) constituye el "punto culminante" de todo

[12] Cabe tener en cuenta que el "tribunal que resuelve" puede decidir sin la participación de los jueces legos sobre la apertura, ya que se trata de una decisión fuera de la vista de la causa (§§ 30 II, 76 I 2 GVG). Además, el "tribunal que resuelve" puede entender que es competente un tribunal de jerarquía *inferior* (§ 209 I); si considera que es competente un tribunal de jerarquía *superior,* debe presentarle las actuaciones por medio de la fiscalía (§ 209 II).

[13] Distinto al Modelo Latinoamericano de un Código Procesal Penal de 1988 (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires 1989, p. 25; también recientemente Llobet, nota 12, pp. 13 y ss.).

[14] Roxin, nota 1995, p. 295.

[15] *Cfr.,* a la limitación de la competencia de apertura del "tribunal que resuelve" hacia "abajo" (§ 209) ya en nota 47.

[16] El imputado no puede impugnar la apertura (§ 210 I).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el procedimiento,[17] ya que la sentencia sólo se puede basar en el conocimiento adquirido en ella (§§ 261, 264 I). Debe tener lugar –por exigencia del principio de oralidad– en ininterrumpida presencia de los jueces (profesionales y legos), del fiscal, un funcionario documentador de la secretaría (§ 226) y del necesario defensor (§ 145 I frase 1) sin mayor interrupción temporal (§§ 228 y s.);[18] en principio también se prescribe la presencia del acusado (§§ 230, 231 I, 236; excepciones: 231 II-234a).

La *vista de la causa* (audiencia o juicio oral, debate) tiene el siguiente *desarrollo:* Tras el llamado para la vista de la causa, el presidente constata la presencia del acusado, su defensor y de los medios de prueba (en especial testigos y peritos). Sigue –en ausencia de los testigos– el interrogatorio del acusado sobre sus circunstancias personales, la lectura de la frase de la acusación del fiscal,[19] la instrucción al acusado sobre su derecho a guardar silencio y su indagación respecto de la causa (§ 243). Continúa como parte diferenciada la recepción de la prueba (§§ 244-257 además de inmediato). Finalizada la recepción de la prueba siguen los alegatos del fiscal y defensa, y respectivamente del acusado. El acusado tiene la última palabra (§ 258). El tribunal se retira para la deliberación y proclama –en principio inmediatamente tras la deliberación– la sentencia.

La dirección de la audiencia incumbe al presidente (§ 238 I). Ello se pone de manifiesto en especial en la *recepción de la prueba* que sigue a la indagatoria al acusado.

La recepción de la prueba está regida por el *principio de investigación o instrucción* (§§ 155 II, 244 II). Conforme a ello el tribunal investiga –distintamente al procedimiento contradictorio regido por el principio dispositivo– los hechos sin sujetarse a las peticiones y declaraciones de las partes (deber judicial de esclarecimiento).[20] Empero las partes tienen –últimamente sujeto a crecientes críticas–[21] derechos de petición de pruebas (§§ 244 II-V, 245 II, 246).[22] Además rige el principio de la *inmediación formal y material.* Según este

[17] Roxin, nota 1995, p. 304.

[18] En principio no hay *interrupción* mayor de 10 días (§ 229 I); en caso contrario, *suspensión* y con ello nuevo comienzo (§§ 228 I, 229 IV).

[19] La frase de acusación es (solamente una) parte del escrito de acusación y comprende al imputado, el hecho que se le atribuye, tiempo y lugar de su comisión, la calificación legal del hecho y las prescripciones penales aplicables (§ 200).

[20] Compár. Roxin, nota 1995, pp. 87 y ss.; como las explicaciones bajo I. 1.

[21] Compár. también las referencias ya enunciadas en nota 23.

[22] Deben diferenciarse la *petición* de pruebas *("Beweisantrag"),* la petición de *investigación* de prueba ("Beweis*ermittlungs*antrag") y la petición *eventual ("Eventualantrag").* Solamente para el *rechazo* de un medio de prueba peticionado existen reglas legales específicas (§§ 244, 245 OPP), mientras que de lo contrario el tri-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

último solamente pueden constituir fundamentos de la sentencia los hechos comprobados por el mismo tribunal (inmediación formal) fundados en base a prueba primaria (inmediación material), compárese especialmente §§ 250 frase 2, 261, 264. La utilización de pruebas sustitutivas, en especial en forma de lectura de declaraciones anteriores, es en principio inadmisible (§ 250 frase 2, excepciones §§ 251, 253-256).[23] De acuerdo con el principio de la libre apreciación de la prueba, la sentencia se basa en la libre convicción judicial recogida en esencia en la vista de la causa (§ 261), es decir, el tribunal no está sujeto a reglas legales de prueba,[24] sino solamente a determinadas reglas de experiencia y raciocinio.[25] Finalmente, rige el principio *"in dubio pro reo"* en relación a la culpa y pena. Según él, el acusado debe ser absuelto si el tribunal no está convencido de su culpa, es decir, quedan dudas residuales (§ 261 contrario). En consecuencia a la fiscalía y al tribunal les incumbe la carga de la prueba.[26]

Además de estos principios de prueba, rigen también los principios de *oralidad* –solamente el material procesal aportado oralmente es fundamento de la sentencia– y el de la *publicidad* (§ 169 de la Ley Orgánica de Tribunales-*Gerichtsverfassungsgesetz*-GVG).[27]

En la *proclamación de la sentencia* solamente se lee la parte dispositiva, se fundamenta la sentencia oralmente (§§ 260 I, 263, 268) y se instruye al acusado sobre sus recursos (§ 35a). La sentencia indefectiblemente debe estar redactada por escrito dentro de cinco semanas y añadirse al expediente (§ 275). A petición debe expedirse una copia al interesado (§ 35 I 2).[28]

bunal posee un amplio marco de apreciación, sólo limitado por el § 244 II (obligación de esclarecemiento de los hechos). Conforme a ello, cabe distinguir en la petición de prueba, si se trata de medios *presentes* o *no presentes*. Además, el rechazo de medios de prueba presentes es más difícil que el de los no presentes (§§ 245 II versus 244 III-VI) [*cfr.* Roxin, nota 1995, pp. 324 ss. con más referencias; recientemente Perron, nota 1995, pp.131 y ss., 179 y ss.].

[23] Con mayores detalles Roxin, nota 1995, pp. 334 y ss.

[24] Detalladam. Roxin, nota 1995, pp. 90 y ss.

[25] Excepciones: § 190 CP, 274 OPP y 51 I Ley Federal del Registro Central.

[26] Detalladam. Roxin, nota 1995, pp. 97 y ss.

[27] Detalladam. Roxin, nota 1995, pp. 100 y ss.; 335, 345 y ss. Para el en general vigente principio de *aceleración* resp. *concentración* (compár. por ejemplo los ya notados §§ 163 II 1 y 228 y s.), ibíd., pp. 101 y ss.

[28] La copia debe expedirse de inmediato, la pretensión no debe hacerse valer de inmediato (*Maul*, en Karlsruher Kommentar (KK), OPP, 3A. Ed. 1993, § 35, nm. 9 y s.). Ello explica la práctica usual de otorgarle automáticamente la copia al afectado.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Como *recursos* contra las sentencias de los *Tribunales Municipales (AG)* corresponden *inmediatamente* la apelación (§§ 312 y ss.) o casación *"per saltum"* (§ 335) y *mediatamente* la casación (contra la sentencia de apelación del Tribunal Provincial-LG, § 333); contra las sentencias del *LG* solamente la casación (§§ 333 y ss.).[29]

3. El procedimiento normal en algunas reformas latinoamericanas (Chile, Bolivia, Perú y Venezuela)

Los Proyectos de Chile, Bolivia, Perú y Venezuela inician –conforme a una tendencia observable en general en el Continente–[30] la transformación del tradicional procedimiento inquisitivo escrito al proceso oral acusatorio. En general, hay una preferencia por el modelo de procedimiento instructorio en vez del contradictorio. Ello se debe a que el Proyecto Modelo de 1988,[31] influyente en el proceso de reforma en Latinoamérica, está decididamente orientado hacia las ordenanzas procesales continental-europeas.[32] También es cierto que existen notables diferencias en la configuración de sus contenidos concretos y en la calidad de los Proyectos que actualmente se encuentran en discusión. En lo que se refiere a los Proyectos que se analizarán a continuación, se puede constatar que los Proyectos *chileno, venezolano* y *peruano* se inclinan más bien hacia el modelo del procedimiento instructorio, mientras que el *boliviano,* en todo caso, al mixto, si no incluso al modelo contradictorio. Cualitativamente, en especial técnico-legislativamente, los Proyectos de Chile y Bolivia resultan más maduros, mientras que los Proyectos de Perú y Venezuela, en las versiones analizadas, mantienen demasiadas figuras del proceso escrito tradicional.

[29] En el caso la *Pequeña* Sala Penal del Tribunal Estatal (LG) es instancia de apelación y la *Gran* Sala Penal primera instancia (§§ 76, 74 GVG). Compár. detalladam. Roxin, nota 1995, pp. 25 y ss.

[30] Compár. a modo de visión conjunta: Ambos, Rechtsberatung in Lateinamerika als Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, *ZStW* 108 (1996), pp. 445-456, 446 y ss.

[31] Compár. ya en nota 13.

[32] Junto a las CPP de Francia, Italia y España en especial la OPP alemana. Punto de partida de los trabajos para el Proyecto modelo empero fue el CPP de la provincia argentina de Córdoba (compár. Llobet, nota 1995, pp. 15 y ss.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

a) *Chile*

El Proyecto chileno publicado por primera vez en 1995, presentado a la Cámara de Diputados del Congreso en junio del mismo año y aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a mediados de 1996,[33] se apoya notablemente en el Proyecto Modelo Iberoamericano, como en la OPP alemana y los CPP italiano[34] y latinoamericanos más recientes (Argentina,[35] El Salvador). El Proyecto, de 534 artículos, distingue entre un procedimiento ordinario (Libro Segundo, arts. 240-391), que básicamente rige para todos los delitos de acción pública, y procedimientos especiales (Libro Cuarto, arts. 445-534).[36] El *procedimiento ordinario* consiste en una etapa de instrucción, un procedimiento intermedio (ahora llamado "preparación del juicio oral") y el juicio oral con vista oral de la causa como pieza esencial.

En la *etapa de instrucción* (arts. 240-328) se distingue entre una instrucción preliminar (arts. 240 y ss.) y una instrucción formalizada (arts. 303 y ss.). En principio, el Ministerio Público (en adelante MinPubl) es el dueño de la etapa de instrucción; sin embargo, está subordinado a un estricto control judicial en cuanto a resoluciones definitivas con carácter de archivo o sobreseimiento (más detallado *infra).* El MinPubl tiene el deber de perseguir todos los delitos de acción pública que han llegado a su conocimiento, con auxilio de la policía (principio de legalidad). Especial importancia se asigna a la minuciosa regulación de la coordinación de la función policial para su control por el MinPubl.

[33] *Versión anterior.* Proyecto de Ley de un nuevo Código de Procedimiento Penal (CPP), Santiago, 9.6.1995; *después* (base del presente análisis): Cámara de Diputados, Proyecto de Ley "Código de Derecho Procesal Penal", Anexo Boletín N° 1.630-07-1, agosto 1996 (ambos archivo del autor). Para el todavía vigente procedimiento chileno, compár. por ejemplo Vargas/Correa, Diagnóstico del sistema judicial chileno, Santiago (Centro de Desarrollo Jurídico Judicial/Corporación de Promoción Universitaria) 1995, pp. 27 y ss.

[34] Para el desarrollo del procedimiento italiano compár. Hein, Landesbericht Italien, en Perron, nota 1995, pp. 149-193, 156 y ss.

[35] Para el "Código Procesal Penal de la Nación" argentino de 1991 compár. *Gropengiesser, ZStW* 105 (1993) pp. 169-203; en español en Nuevo Foro Penal (Medellín), N° 58 (oct.-dic. 1992) pp. 473-500.

[36] Entre ellos –cronológicamente– procedimientos para los casos siguientes: faltas, acciones privadas, *procedimientos abreviados* [además *infra* II 2 a)], procedimientos para imputados constitucionalmente privilegiados(!), procedimientos penales contra jueces y fiscales, extradición, medidas de seguridad. Además el libro 4° contiene prescripciones para la ejecución (Título VIII).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

En la *instrucción preliminar* el MinPubl puede archivar provisionalmente investigaciones (art. 241) o abstenerse de toda investigación (art. 242); contra ello la víctima puede provocar la intervención del juez de control de la instrucción, que puede instruir al MinPubl para seguir adelante la investigación (art. 243). Además, el MinPubl puede, como regla general, con base al principio de oportunidad, no iniciar o abandonar la persecución penal si se trata de un delito que, por su "insignificancia", no compromete el interés público (principio de la absoluta insignificancia o bagatela); sin embargo, el juez de control puede dejar sin efecto esta decisión –sobre todo por intervención de la víctima– y obligar al fiscal a continuar con la persecución penal (art. 244). El MinPubl posee una facultad autónoma de archivar el proceso solamente en el caso de inexistencia de mérito suficiente para formalizar la instrucción (art. 252 inc. 3°).

Con la *formalizacion de la instrucción,* que parece un tipo de acusación preliminar, se comunica al imputado el hecho de encontrarse actualmente desarrollando una investigación en su contra (art. 303).[37] El MinPubl pierde la –ya limitada– facultad de archivar provisionalmente el procedimiento [art. 308 c)]. Basándose en la declaración del o de los imputados, en una audiencia especial el MinPubl deberá expresar si quiere formalizar la instrucción o no (art. 306), o bien inmediatamente pasar al juicio oral (art. 310). Además, el MinPubl puede solicitar *la suspensión condicional* del procedimiento al juez de control, que decide oyendo a la víctima y al querellante y fija el respectivo plazo; transcurrido el mismo, la acción penal se extingue (art. 311). La acción penal se extingue también si el juez de control aprueba *acuerdos reparatorios* entre autor y víctima, básicamente con respecto a delitos patrimoniales (art. 315). Después de la formalización de la instrucción el MinPubl debe cerrar la investigación dentro de los dos años siguientes (art. 317), y dentro de los diez días después del cierre debe solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal al juez de control [total o parcial, arts. 318 a), 320 y ss.] o formular *acusación* [art. 318 b)]. El juez de control puede forzar la acusación cuando el querellante lo solicita y existe suficiente fundamento para ello (art. 328).

[37] Esto parece relativamente tarde; sin embargo, cualquier persona afectada por una investigación puede pedir al juez de control que le ordene informar acerca de los hechos objeto de la investigación antes de la formalización de la instrucción (art. 266).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Las diferencias fundamentales respecto de la OPP consisten en que, por un lado, las facultades del MinPubl están severamente limitadas por el control judicial y, por otro lado, se le concede a la víctima una posición procesal relativamente fuerte. Con la primera actuación de investigación dirigida contra el *imputado*, éste adquiere el derecho de participación e información (acceso a las actas de investigación), así como el de defensa (arts. 6° y 7°, 107 y ss.); sin embargo, queda la posibilidad de declarar secretas ciertas investigaciones (art. 262) y surge la pregunta de si el imputado realmente se puede defender antes de la formalización de la instrucción (cuando no conoce de la investigación, argumento a contrario del art. 303).

Con la acusación (art. 329) el proceso pasa a un *procedimiento intermedio* (arts. 329-345).[38] Dueño de esta fase es el ya nombrado juez de control de la instrucción. Él dirige la oral e inmediata "audiencia de preparación del juicio oral" (art. 335), que debe tener lugar dentro de 20 a 30 días después de la notificación de las partes (dentro de 24 horas, art. 330). Con ello se decide, en especial, sobre las excepciones de previo y especial pronunciamiento (arts. 334, 338 y 339). Se cierra esta fase con el "auto de apertura de juicio oral" (art. 341). Por consiguiente, la finalidad del procedimiento intermedio es más bien la preparación del procedimiento principal y de las pruebas (compárese art. 345), que un control de la acusación, ya que de otro modo el juez parece que no puede rechazar la apertura.

Pieza esencial del *procedimiento principal* (arts. 346-391) es la audiencia oral (arts. 360 y ss.), que es regida por los siguientes principios procesales (arts. 347 y ss.): presencia ininterrumpida del juez y fiscal; presencia del acusado y su defensor; publicidad; continuidad y concentración; implícitamente, inmediación (arts. 378, 364);[39] *in dubio pro reo* y libre apreciación de la prueba (art. 380). La conducción de la audiencia incumbe al juez (arts. 354 y ss.). Su *desarrollo* se parece mucho al de la OPP: comprobación de presencia; instrucción al acusado; lectura de la resolución de apertura; lectura de la acusación por el MinPubl; declaraciones de otros partícipes del proceso (querellante y actor civil); toma de posición del

[38] El cambio de nombre ("preparación del juicio oral" en vez de "procedimiento intermedio") introducida por la Cámara de Diputados lleva a una confusión entre el procedimiento intermedio y la preparación del juicio oral dentro del procedimiento principal (arts. 346 y ss.).

[39] Según esta norma, testigos y peritos "deben ser interrogados personalmente durante la audiencia". Como excepciones del principio de inmediación obsérvense especialmente arts. 367 y ss. del Proyecto.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

acusado y su defensor; recepción de las pruebas; alegatos finales; deliberación; lectura de la sentencia. Contra las sentencias del tribunal colegiado, integrado por tres jueces profesionales, en principio se admite la casación (arts. 415 y ss.); sin embargo, en casos excepcionales se admite un "recurso extraordinario" (art. 409). La apelación se interpone solamente contra las resoluciones del juez de control (arts. 398 y ss., esp. 404). Así, en principio, se trata de un sistema de única instancia.[40]

b) *Bolivia*

El primer Proyecto boliviano de 1995[41] fue revisado por una Comisión,[42] presentado al Congreso a finales de 1996[43] y aprobado por el plenario a mediados de 1997. Se compone de dos partes, con 603 artículos.[44] La Primera Parte, en seis Libros, contiene prescripciones generales (arts. 1-348); la Segunda Parte, las prescripciones específicas del procedimiento (arts. 349-603). Entre ellos, se distinguen el procedimiento ordinario (arts. 349-478), los procedimientos especiales (arts. 479-544),[45] los recursos (arts. 545-581) y la ejecución de la pena (arts. 582-603). El *procedimiento ordinario* se divide en una etapa preparatoria del juicio y el juicio oral y público. Mientras el procedimiento *preparatorio* se apoya en gran medida en el sistema de investigación judicial,[46] proveniente del derecho francés, en el procedimiento *principal* predominan elementos estructurales contradictorios.

[40] La fundamentación para ello es que la única comprobación y evaluación de los hechos por un tribunal colegiado integrado por tres jueces es suficiente y que una segunda instancia para los hechos (apelación) constituye una innecesaria repetición (compár. Proyecto, nota 33, versión anterior, pp. 31 y ss.).

[41] *República de Bolivia-Ministerio de Justicia*, Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal, La Paz, 1995 (Arch. del autor).

[42] Resolución Ministerial N° 00011, La Paz, 3.4.1996.

[43] República de Bolivia-Ministerio de Justicia, Proyecto de Código de Procedimiento Penal, La Paz, 1997.

[44] Sin contar las "disposiciones adicionales, transitorias y finales", que constituyen la parte final.

[45] Entre ellos –cronológicamente– procedimientos para los siguientes casos: *procedimientos abreviados* [entre ellos *infra* II 2 b)], investigaciones complejas, acción privada, medidas de seguridad, menores imputables, asuntos relacionados con las comunidades indígenas, procedimientos contra imputados privilegiados, indemnización de daños y perjuicios y hábeas corpus.

[46] Compár. Barth, "Landesbericht Frankreich", en Perron (edit.), nota 1995, pp. 90-148, 100 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En el *procedimiento preparatorio* (arts. 349-423) el MinPubl con el auxilio de la Policía Nacional debe investigar los hechos para preparar el procedimiento principal (art. 349). El MinPubl instruye a la policía, la que debe comunicarle en el plazo de ocho horas el hecho delictivo del que haya tomado conocimiento (arts. 365, 370 y ss.). Ambos –el MinPubl y la policía– están sometidos al *control del juez* de instrucción;[47] especialmente el MinPubl no puede diligenciar actos propiamente jurisdiccionales,[48] si bien los jueces tampoco pueden diligenciar medidas que hagan peligrar su imparcialidad (art. 352, *principio acusatorio*). Con base al resultado de la investigación policial, el fiscal –conforme al art. 379– tiene diversas posibilidades: puede iniciar la instrucción formal por medio del denominado "auto inicial de la instrucción" (N° 1),[49] ordenar otras investigaciones (N° 2), aplicar otra modalidad del procedimiento ("suspensión condicional del proceso", "procedimiento abreviado" o "conciliación", N° 4) o –ya en este estadio del procedimiento– suspenderlo (N^{os} 3 y 5: "oportunidad", "desestimación" o "archivo"). Mientras el fiscal puede tomar por sí mismo las medidas necesarias conforme al art. 379 N^{os} 1 y 2 –en lo cual el "auto inicial" conceptualmente corresponde a una acusación (art. 390)– en los casos de los N^{os} 3-5 debe formular una petición al juez de instrucción (arts. 385-388, art. 389 en coordinación con los arts. 479, 390); sólo cuando es desconocido el autor o no hay sospecha suficiente de delito, puede sobreseer por sí (art. 391).[50] En contra de ello a las partes les corresponde la queja judicial (art. 392).[51] De la sistemática de este Título se infiere que la investigación específica del fiscal comienza inmediatamente con las posibilidades decisorias prescritas en el art. 379. Hasta dicho instante sólo tienen lugar meras actuaciones preparatorias ("actos iniciales" - policiales).[52] La investigación fiscal misma está limitada a seis meses (art. 393), con excepción de los procedimientos en caso de causas complejas. A su término el fiscal formula *acusación* en tanto exista "fundamento serio" para una condena pública; si no solicita al juez de instrucción otra modalidad de procedimiento o el sobreseimiento[53] (art. 415). En ese caso tiene lugar una *audiencia conclusiva*, en la que se discuten con las partes diversas posibilidades de conclusión del procedimiento (arts. 416 y ss.). El juez de instrucción *sobresee* el procedimiento –tras un complicado procedimiento (art. 420)– cuando ostensiblemente no existe delito o el imputado no ha tomado parte en él, y el estado de la prueba en ningún caso puede fundar una acusación (art. 421). Con la primera actuación investigadora, dirigida directamente contra el imputado, éste tiene derecho a asistencia letrada (arts. 11, 12, 118, 128 y ss.) y derecho de participación, así como acceso a las actas de investigación (arts. 5, 121, 126). Como en el Proyecto chileno, la investigación puede ser mantenida secreta durante diez días (art. 396).

El *procedimiento principal* (arts. 424-478) es la parte esencial de todo el procedimiento penal (art. 424) y está regido por los principios de oralidad, inmediación, publicidad, continuidad (arts. 424 y ss.) e *in dubio pro reo* (*cfr.* art. 471).[54] La *orientación contradictoria o adversativa* (art. 424) tiene su manifestación concreta en especial en las prescripciones sobre la recepción de la prueba (más detalladamente *infra*).[55] El procedimiento también tiene manifestaciones instructorias (en especial art. 437), de manera que en el sentido de la arriba apuntada diferenciación[56] se puede hablar de un *proce-*

[47] La competencia del "juez de instrucción" en la etapa preparatoria resulta de las prescripciones generales, aquí art. 59 N° 1.

[48] Este concepto requiere por cierto de aclaración más precisa, la que –por lo visto– no se encuentra en el Proyecto.

[49] El "auto inicial de la instrucción" del artículo 387 N° 1 del Proyecto inicial fue eliminado con razón, pues corresponde a la acusación (*cfr.* art. 390 antiguo y 382 nuevo).

[50] La posibilidad de archivo si no hay sospecha suficiente de delito (según art. 399 del Proyecto inicial) fue eliminada. El art. 358 inc. III del Proyecto de 1995 por el que el fiscal desistirá de la acusación "cuando no encuentre fundamento para ello" o cuando "los elementos que haya recogido no sean suficientes para lograr una condena", también fue eliminado.

[51] El fiscal superior decide sobre la oposición. Si confirma el archivo, el juez tiene que decretarlo. Contra esta decisión el querellante o el ofendido pueden –otra vez– apelar (apelación, art. 392 inc. 3).

[52] Para esa interpretación es decisivo que el Cap. II de dicho título dice "actos iniciales" y el Cap. III, que contiene como primera prescripción el art. 379, "inicio de la instrucción fiscal". Por cierto, los conceptos "instrucción" e "investigación" se utilizan como sinónimos (compár. por ejemplo el título del Cap. IV, art. 393 y art. 415).

[53] Dicha posibilidad ya está prevista, como mencionamos, después de la investigación policial (art. 379).

[54] El art. 471 exige la "certeza absoluta" de la culpa del acusado e implica con ello que en caso de duda debe pronunciarse la absolución.

[55] Según ello, el presidente conduce la vista de la causa.

[56] Compár. *supra* I. 1.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

so acusatorio mixto. La audiencia oral y pública constituye la pieza esencial del procedimiento principal. Podrá dividirse en dos etapas, en el sentido de la interlocutoria angloamericana sobre la culpa, de manera que en primer lugar se decide sobre el interrogante de la culpa y después –en tanto el acusado es considerado culpable– sobre la medida de la pena (arts. 439 y ss.).[57] La audiencia es preparada en todo caso sobre la base a la acusación[58] (del fiscal o del facultado a peticionar la pena, arts. 442 y ss., 445) y se *desarrolla* de la siguiente manera (arts. 449 y ss.): comprobación de la asistencia, toma del juramento de jurados, instrucción al imputado, lectura y fundamentación de la acusación,[59] explicación de las alegaciones de la defensa, indagación del imputado en la causa,[60] recepción de la prueba (arts. 455 y ss.) y discusión final (art. 463). En la *recepción de la prueba* el presidente determina el orden de los medios de prueba relevantes (art. 455) e interroga a los testigos sobre sus datos personales (art. 458); sin embargo, el interrogatorio de los testigos (y peritos) sobre la causa corresponde a las partes (arts. 456 inc. 1, 458 inc. 2)[61] y el presidente solamente "modera" (art. 458 inc. 3). En lo demás, la reunión y presentación de las pruebas incumbe a las partes (arts. 442 inc. 1, 446 inc. 1); el tribunal, excepcionalmente, puede ordenar pruebas adicionales, pero debe cuidar de no sustituir en ello la actividad (probatoria) de las partes (art. 462). Aquí se impone el *principio estructural contradictorio* frente a un solo limitado deber judicial de esclarecimiento.[62] En la *discusión final* el fiscal, el facultado a peticionar y el defensor fundan, con respectivas posibilidades de réplica, sus peticiones finales, y al defensor corresponde la última palabra (art. 463). Luego debe darse a la víctima y al imputado la –realmente– última palabra (art. 463 *in fine*).[63] Sigue entonces la deliberación y votación (secretas, arts. 464 y ss.) en la que ya debe redactarse la sentencia y a continuación dársele lectura (art. 467).[64] Contra la sentencia, las partes solamente podrán interponer la casación (arts. 561 y ss. en relación al 475).

Finalmente, vale la pena mencionar que el Proyecto prevé en caso de investigaciones complejas (*cfr.* art. 482) un procedimiento especial que contempla plazos más extensos y una causa adicional de detención (arts. 482-489).

c) *Perú*

El Proyecto peruano fue aprobado, en su ultima versión, el 7 de octubre de 1997, pero otra vez fue suspendido por el Poder Ejecutivo por observaciones "presupuestales". Contempla básicamente dos fases del proceso: la investigación (arts. 92 y ss.) y el juzgamiento (arts. 286 y ss.).

En la fase de *investigación* se distingue entre una investigación policial preliminar (arts. 106 y ss.) y una investigación formal (arts. 115 y ss.). La investigación policial preliminar procede cuando sea "materialmente imposible" que el fiscal asuma de inmediato la dirección de la investigación. A través de ella la policía desarrolla por sí misma los actos de averiguación contando con amplias facultades, *inter alia*, incluso puede allanar locales de uso público y efectuar secuestros e incautaciones (art. 109 N^{os} 10, 11). Sus actuaciones, además, son reservadas. La investigación formal procede en los otros casos, es decir, cuando el fiscal pueda asumir la dirección de la investigación. Esta investigación debe ser la regla, aunque podría, en la práctica, terminar convirtiéndose en la excepción, da-

[57] Además se distingue entre una separación formal e informal (art. 455 vs. 458 del Proyecto inicial).

[58] En ello la acusación tiene una negativa función limitativa en el sentido de §§ 155, 264 OPP alemana, con la consecuencia que en casos de modificaciones o ampliaciones, debe darse al acusado suficiente oportunidad de defensa –eventualmente la "suspensión" de la audiencia– (arts. 453, 468).

[59] Y el auto de apertura a juicio, art. 449 II, que debe dictar el tribunal en base a la acusación (art. 445). Esta resolución no implica un control judicial previo, sino más bien parece ser de exclusiva naturaleza declarativa. Ella requiere de aclaración más precisa.

[60] Bajo instrucción judicial sobre su derecho a guardar silencio, pero en el siguiente orden: fiscal, querellante, defensor, juez (art. 451).

[61] De la misma manera en la declaración del imputado (nota 89).

[62] El deber de aclaración en todo caso aún encuentra eco en la palabra "esclarecidos" (art. 462).

[63] La norma es innecesariamente complicada y ambigua. Dicho debate final con sus posibilidades de réplica va a conducir a innecesarias dilaciones (si bien se ordena que ello debe ser evitado). La utilización del concepto "última palabra" en relación al defensor proporciona innecesario desconcierto.

[64] Excepcionalmente –en casos complicados u hora avanzada– los fundamentos pueden ser proclamados *oralmente* en forma sintética (art. 467 III). Este deber de deposición inmediata de la sentencia implica una pobre calidad de los fundamentos de la sentencia desde el punto de vista fáctico y jurídico (compár. también el "pobre" art. 466).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

das las enormes atribuciones que se conceden a la policía en la fase de investigación.

La fase de investigación concluye con el "archivamiento" del caso (arts. 277 y ss.) o la acusación si se ha probado el delito (art. 285). Según las disposiciones del Código, en caso que no existan fundamentos para acusar, debe ordenarse el archivo a través de un procedimiento que involucra al juez: No basta la decisión del fiscal para que se archive el caso, el fiscal debe remitir su propuesta al juzgado, que adoptará la decisión definitiva, incluso en el caso en que decida invocar el principio de oportunidad (art. 2º).

En la fase de *juzgamiento* se puede gruesamente distinguir entre los actos preparatorios para la audiencia (arts. 286 y ss.), la misma audiencia (arts. 299 y ss.) y la sentencia (arts. 343 y ss.). Dentro de los actos preparatorios vale la pena destacar particularmente la admisión de la acusación (arts. 286 y ss.) y la citación a juicio (art. 298). Se admite la acusación si ella cumple con los criterios generales del art. 285.

En la audiencia rigen –al menos normativamente– los principios de publicidad, continuidad, concentración, contradicción, inmediación, identidad física del juzgador y del acusado y preclusión (art. 299). Sin embargo, esta simple enumeración resulta insuficiente, sobre todo porque en el resto del texto existen varias normas que parecen inspiradas, más bien, en el sistema tradicional inquisitivo. Así, los principios de oralidad e inmediación se ven severamente limitados por la posibilidad de incorporar el material probatorio vía "oralización", que no es otra cosa que la presentación de las pruebas a través de la lectura de las actas y demás documentos en la audiencia (arts. 325 y s.). La amplitud de esta norma provoca una verdadera "escrituralización" del procedimiento. Lo mismo aplica en cuanto a la forma de presentar los alegatos: si bien se debe argumentar oralmente, el proyecto exige finalmente la entrega de conclusiones escritas (arts. 306, 335), así aludiendo claramente al procedimiento escrito tradicional. Si además la sentencia no se debe pronunciar inmediatemente después de la audiencia, basándose en las impresiones generadas por ella, sino dentro de 6 días en audiencia separada (art. 343), parece inevitable que los jueces se basarán en la fundamentación de la sentencia en el material escrito entregado en vez de formarse su opinion de la totalidad de la audiencia oral.

De otro lado, las disposiciones sobre el desarrollo de la audiencia parecen inspiradas más en el sistema adversarial (proceso de partes) de corte angloamericano que en el sistema europeo continental,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ya que el Código asigna al juez una función más bien disciplinadora (arts. 302 y ss.) y concentra en las partes el mayor poder de aportación de pruebas. Parecen apuntar en esta dirección el art. 323 inc. 2, que dice que "el examen de testigos y peritos se realizará directamente por los sujetos procesales"; o el art. 329 estableciendo las reglas para el interrogatorio y deja al "juzgador" la función de ejercer "puntualmente sus poderes" y declarar "inadmisibles las preguntas prohibidas" (Nº 5). De otro lado, el Código intenta separar –desde mi punto de vista artificialmente– el debate jurídico-técnico en que se debe discutir la tipificación de los hechos probados (arts. 335 y ss.) de la parte "fáctica" en que se actúan las pruebas. La escisión tajante entre la actuación de pruebas y el debate técnico-jurídico constituye, ciertamente, una herencia del sistema inquisitivo-escrito vigente desde 1940, pero no tiene por qué conservarse en uno que intenta basarse en el predominio de la oralidad y la inmediación. Una herencia semejante del sistema inquisitivo-escrito puede verse en las normas sobre el fallo de la causa. Según el Código, la *sentencia* debe dictarse después de concluido el debate, en otra audiencia que se celebrará en el plazo máximo de seis días (art. 343). La introducción de este período de deliberaciones puede neutralizar en el juez la fuerza de la convicción formada inmediatamente en los debates y actuaciones probatorias, y fortalece, una vez más, la escrituración del proceso, ya que abre espacio para que el juez se apoye en los escritos introducidos durante las audiencias más que en el resultado de las mismas. Como *recursos* caben principalmente la apelación (arts. 383 y ss.) y la casación (arts. 386 y ss.).

d) *Venezuela*

El Proyecto venezolano se basa en un Proyecto de más de veinte años de antigüedad, que se apoya en gran medida en el Proyecto italiano de Carnelutti (1963). Sin embargo, en el ínterin, fue totalmente revisado y adaptado básicamente a la estructura del procedimiento alemán.[65] La última versión, del 10 de septiembre de

[65] Lo que fundamentalmente puede atribuirse a un viaje de estudios de políticos y juristas venezolanos a la RFA a mediados de 1995, financiada por el *Ministerio para Cooperación Económica y Desarrollo* en el marco de la cooperación con Venezuela. Los juristas se detuvieron aproximadamente dos semanas en el *Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional*. En este contexto el compromiso incansable del Programa de Estado de Derecho de la *Fundación Konrad Adenauer* (Ciedla, Buenos Aires) merece loable mención.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1997,[66] introduce –como novedad más radical– *tribunales mixtos de escabinos* o *tribunales de jurados* que, sin embargo, siempre cuentan con un "control" judicial (arts. 102 y ss., 158 y ss.).[67] Esta última versión representa un gran avance respecto a la anterior versión de julio de 1996, que realizó de forma incompleta la transición del proceso inquisitivo escrito al proceso acusatorio oral y fue plagada de numerosas prescripciones del aún vigente procedimiento (escrito) y de demasiadas excepciones a los principios del procedimiento oral acusatorio.[68]

El Proyecto –que en total abarca 541 artículos– se compone de principios generales (arts. 1°-22), prescripciones generales (Libro Primero, arts. 23-288), un procedimiento ordinario (Libro Segundo, arts. 289-371), procedimientos especiales (Libro Tercero, arts. 372-425),[69] recursos (Libro Cuarto: arts. 426-474), ejecución penal (Libro Quinto: arts. 475-504) y otras cuestiones (arts. 505-541). El procedimiento ordinario se divide en una *fase preparatoria*, una *fase intermedia* y un *juicio oral*.

La *fase preparatoria* (arts. 289-329) es dirigida por el MinPubl (arts. 11, 105 y ss.), que con el auxilio de la a él asignada (funcionalmente) policía (Policía de Investigaciones Penales, arts. 107 y ss.) debe investigar los hechos (en especial arts. 292 y s., 309, 318). Esta fase comienza (art. 309) con una denuncia (art. 294), querella (arts. 301 y ss.) o por otro conocimiento de un delito (art. 292). Termina, por un lado, por la desestimación con base en una solicitud del fiscal al juez (arts. 310 y s.), por el archivo del fiscal (arts. 322-324), por un sobresemiento dictado por el fiscal superior o el

[66] *Congreso de la República de Venezuela - Comisión Legislativa*, Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal, Caracas, versión del 10.9.1997 (archivo del autor).

[67] Ese tribunal está compuesto por un juez presidente y dos legos, tribunal de jurados por un juez presidente y varios jurados (art. 158) (art. 164).

[68] Compár., más detalladamente, Struensee/Ambos (en colaboración con Binder/Riego/Vargas/Görtz-Leible), Primer Comentario al Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal (versión del 25/3/1996), Eschborn (GTZ/KAS) junio 1996; (más) crítico todavía Maier, Dictamen acerca del Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela, Buenos Aires, 11.6.1996 (archivo del autor). Ver también mi artículo en Contribuciones, *op. cit.*

[69] También comprende –cronológicamente– procedimientos para los siguientes casos: acción privada, detención in fraganti [también más detalladamente bajo II. c)], inculpados constitucionalmente privilegiados, extradición, ausencia del imputado, evasión de detenidos como faltas y delitos similares [para ello más detalladamente bajo II 2.c)].

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

juez (arts. 325-329) o, por otro lado, con la acusación (art. 329). Como alternativas a la persecución penal existen ya en el libro primero (arts. 31-42): el prescindir del ejercicio de la acción penal en casos del principio de oportunidad con base en una solicitud del fiscal, la extinción de la acción penal en casos de acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso con la posibilidad de un archivo en el momento del cumplimiento de las condiciones. La vinculación inicial del comienzo del proceso penal propiamente dicho con la "instancia" se eliminó.[70] El *imputado* (arts. 121 y ss.) tiene el derecho de defensa (art. 12), ya en esta fase (art. 122 N° 3). Tiene derechos amplios de participación y acceso a las actas (arts. 313 y ss.), sin embargo, el acceso a las actas puede ser prohibido completamente o parcialmente hasta diez días.[71]

En el *procedimiento intermedio* (arts. 330-334) tiene lugar una "audiencia preliminar" ante el juez de control (arts. 103 y s.) con la posibilidad de presentar más pruebas y estar instruidos sobre las diferentes alternativas a la persecución penal. El juez decide, sobre todo, sobre la admisión o el rechazo (parcial) de la acusación (en este caso sobresee), las solicitudes de las partes (sobre todo en cuanto a obstáculos procesales), así como posibles acuerdos reparatorios (art. 333). Eventualmente, el juez decreta el *auto de apertura a juicio* (art. 334).

Las normas sobre el *procedimiento principal* se refieren a los principios de un *proceso instructorio acusatorio*[72] (arts. 335-343), su curso (arts. 344-361) y la sentencia (arts. 362-371). Después de la preparación del debate (arts. 344 y ss.) ésta tiene lugar ante el tribunal del procedimiento principal que, como se mencionó, está compuesto sólo por jueces o mixto (arts. 103, 158 y ss.). En el debate propiamente dicho (arts. 304-326) acusación y defensa presentan –después del juramento de los escabinos– sus alegatos (art. 347); sigue la instrución y el interrogatorio del acusado (arts. 349 y ss.)

[70] El art. 232 (viejo) dijo: "...propondrá... ante el tribunal competente para resolver el procesamiento del imputado".

[71] El art. 114 (viejo) previó un acceso a las actas para terceros únicamente después de la apertura del procedimiento principal (anterior art. 219 inc. 2). El anterior art. 219 inc. 1, que reservó las actas para el imputado hasta la citación para el acto de la audiencia preliminar (procedimiento intermedio) se eliminó (pero véase art. 60 N° 1 Constitución, según el cual el imputado tiene acceso a las actas sumariales desde la ejecución del auto de detención).

[72] Compár. ya bajo I. 2.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

así como la recepción de pruebas (arts. 354 y ss.). El debate finaliza con los informes finales del MinPubl, del querellante y del defensor (con la posibilidad de una réplica de fiscal y defensor), una eventual declaración de la víctima y la última palabra del imputado (art. 361). Tras la deliberación (arts. 362 y s.)[73] se pronuncia la parte dispositiva de la sentencia (art. 365) y se la funda oralmente (art. 366); la sentencia íntegra debe estar redactada en diez días (art. 366 inc. 3). Contra la sentencia cabe la *apelación* (arts. 444 y ss.); y respecto de la sentencia de alzada, en determinados casos, la casación (arts. 453 y ss.). Los tribunales de alzada son compuestos exclusivamente por jueces profesionales (art. 103).

II. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

1. Ordenanza Procesal Penal alemana

a) *Procedimiento por mandato penal*

a1) *Desarrollo*

La *fiscalía* formula la *petición escrita* para el libramiento de un mandato penal en el juzgado de primera instancia (*Amtsgericht*-AG)[74] cuando se dan los presupuestos para promover la acción pública (§ 170 I),[75] no se considera necesaria la celebración de la vista de la causa (§ 407 I frase 2)[76] y el hecho que se persigue constituye

[73] Jueces técnicos y legos deciden conjuntamente sobre la culpablilidad; sin embargo, el juez técnico presidente es responsable de la valoración jurídica y –en caso del tribunal de jurados– también para la medición de la pena (art. 363).

[74] Un mandato penal no puede ser dictado contra un menor de 14-17 años (*Jugendlicher* según § 1 II JGG) ni contra un menor adulto de 18-20 años (*Heranwachsender*), si es de aplicación el derecho penal de menores (§ 109 en rel. con § 105 y § 79 JGG). Nota del Trad.: Las expresiones "Jugendliche" y "Heranwachsende" se traducen por "menores" y "menores adultos" (conforme a Elbert, Ley Judicial Juvenil Anotada de la República Federal de Alemania, Buenos Aires 1982; como abreviatura de dicha ley se suele utilizar *JGG*).

[75] Todos los §§ sin indicación en esta parte lo son de la OPP alemana.

[76] Ello va a ser el caso generalmente –de *situación probatoria simple*–, en base a una confesión del imputado *unívoca*, cuando la *medición de la pena* no ofrece problemas, de manera que se puede fallar solamente en base a las actuaciones policiales *escritas*. En este caso el fiscal *tiene que* formular la petición (Gössel, en L/R, 24ª Ed. 1989, § 407 nm. 45; Fezer, nota 1994, p. 17).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

un delito leve de competencia del AG (§ 407 I en relación a los §§ 24 y ss. de la Ley Orgánica de Tribunales-GVG). La petición equivale a la acusación (§ 407 I frase 4) y debe estar dirigida a determinadas consecuencias jurídicas (§ 407 I frase 3; II).[77]

En base a la ampliación de la potestad punitiva del juez penal del AG hasta dos años (§ 25 I Nº 2 GVG) y de la limitación de las consecuencias jurídicas en el § 407 II,[78] prácticamente sólo aquél –no el tribunal de escabinos del AG– es competente para el libramiento de un mandato penal.[79] El juez penal tiene –sin previa audiencia del imputado (§ 407 III)– tres *posibilidades* resolutivas:

– *Rechazar* el mandato penal por falta de sospecha suficiente (§ 408 II frase 2); en su contra el fiscal y eventualmente el demandante accesorio (§§ 400 II, 396 I 2) pueden interponer la queja inmediata (§§ 408 II 2 en rel. con 210 II).[80]

– *Llama a la vista de la causa*, cuando –en contra de la fiscalía– la considera necesaria,[81] quiere apartarse de la calificación jurídica de la petición del mandato penal o quiere fijar otra consecuencia jurídica porque la fiscalía insiste en su petición (§ 408 III 2).[82] No es necesaria una resolución especial de apertura; al acusado (por ello) sólo se le da a conocer, con la notificación, una copia de la petición del mandato penal –que vale como acusación– sin la consecuencia jurídica (§ 408 III 3).

[77] Por mandato penal, en principio, pueden fijarse penas pecuniarias y otras consecuencias jurídicas, sin privación de libertad (§ 407 II 1). La ya apuntada Ley de Descargo de la Justicia introdujo sin embargo la modalidad de fijar una condena privativa de libertad de ejecución condicional de *hasta un año*, en tanto el imputado tenga un *defensor* (§ 407 II frase 2).

[78] Compár. nota 77.

[79] Compár. *K/M-G*, nota 1997, § 408, nm. 5.

[80] Se discute si el Tribunal de Queja (el LG conforme § 73 I GVG) cuando considera improcedente el rechazo, puede *ordenar* al juez que dicte el mandato penal o fije la vista de la causa o si más bien lo debe *dejar a criterio* del mismo (para ello quizá la opinión predom. compár. *K/M-G*, nota 1997, § 408, nm. 9). En todo caso no se discute que el Tribunal de Queja frente al § 309 II *no* puede dictar *por sí* el mandato penal, ya que para ello conforme al § 407 I *solamente* es competente el *AG* (ahí mismo; compár. también Roxin, nota 1995, p. 471).

[81] Con ese alcance rige fundamentalmente lo expuesto en nota 76.

[82] Detrás de la necesaria *coincidencia de fiscal y juez* se encuentra la idea de que un mandato judicial solamente puede ser dictado cuando el fiscal y el juez están de acuerdo, para reducir el peligro de decisiones erróneas (Roxin, nota 1995, p. 24).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

– Debe *librar el mandato penal* si no existen inconvenientes (§ 408 II 1). En este caso debe responder al mandato penal (§ 408 a II 1 en rel. § 408 III 1) solicitado en la vista de la causa de acuerdo al § 408 a I en rel. con § 407 I S. 1 y 2.[83]

En el último caso el mandato penal le es notificado al acusado y éste puede *objetarlo* en el juzgado que lo libró *dentro de dos semanas* (§ 410 I). Sobre la posibilidad de objeción debe informarse en el mandato penal (§ 409 I N° 7).[84] La objeción puede *limitarse* a determinados puntos de queja, por ejemplo a las consecuencias jurídicas (§ 410 II). Si la objeción no es interpuesta a tiempo,[85] el mandato penal queda firme y equivale a una sentencia firme (§ 410 III).[86] La objeción presentada tardíamente o en forma inadmisible es rechazada por resolución (§ 411 I 1); con la fuerza de cosa juzgada de esa decisión negativa el mandato judicial también adquiere dicha fuerza.[87] Si la objeción se interpone *a tiempo* tiene lugar una *audiencia* (§ 411 I 2). Para ello rigen –además de las generales– las siguientes reglas especiales:

– Por un lado el acusado se puede hacer representar por un defensor provisto de poder escrito (§ 411 II 1).

– Por otro lado la objeción puede rechazarse sin audiencia cuando el acusado no comparece ni se hace representar válidamente y su ausencia no es justificada (§ 412 en rel. con 329).

– Rigen para el procedimiento abreviado las simplificaciones introducidas en la recepción de la prueba por la ley contra la delincuencia de 1994 (§§ 411 II 2 en rel. con 420, además *infra* en b).

[83] Crítica respecto de esa modalidad atípica del procedimiento introducida en 1987: Fezer, nota 1994, pp. 18 y s.; Schellenberg, Zur Verhängung von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsweg, NStZ 1994, pp. 570-572.

[84] En lo demás el mandato penal contiene referencias sobre la persona del acusado, el nombre del defensor, hecho, lugar y tiempo de comisión, prescripciones legales aplicables, medios de prueba y consecuencias legales fijadas (§ 409).

[85] En una apelación parcial (§ 410 II) la parte no apelada adquiere fuerza de cosa juzgada (parcial) (Fischer, en KK, nota 28, § 410, nm.16).

[86] Entonces y en contra solamente es posible la *revisión* (§§ 373 a II en rel. con 359 y ss.), que por cierto es admisible en perjuicio del condenado por mandato penal en caso de nuevas pruebas o hechos, que podrían fundar la condena por un *crimen/delito grave* (§ 373 a I).

[87] La decisión desestimatoria adquiere fuerza de cosa juzgada si no se interpone la queja inmediata dentro de una semana (§ 411 I frase 1 media frase 2. en rel. con § 311).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Por lo demás, en principio, se puede desistir de la "acusación" –como consecuencia de la petición por mandato penal– y de la objeción, hasta la proclamación de la sentencia (§ 411 III 1).[88] Al fallar el juez no está sujeto a la condena contenida en el mandato penal, *en tanto* se haya interpuesto objeción (§ 411 IV). En consecuencia, si se interpuso objeción *sin limitaciones* –en relación a la expresión sobre la culpabilidad y consecuencias jurídicas–, el juez decide con total independencia del mandato penal[89] solamente en base a la vista de la causa (§ 261). Si por ejemplo la objeción está *limitada* –a la expresión de las consecuencias jurídicas–, el juez está sujeto en tal medida y debe basar su sentencia sobre la parte no apelada –aquí la expresión sobre la culpabilidad. La prohibición de la *"reformatio in peius"* (§§ 331, 358 II) no rige, es decir, el juez puede reformar sustancial y discrecionalmente la expresión de culpabilidad y de las consecuencias jurídicas.[90] Contra la sentencia tienen aplicación los *recursos* generales contra las sentencias de los jueces de primera instancia.[91]

a2) *Importancia práctica*

El procedimiento por mandato judicial se adscribe a "la pequeña y mediana criminalidad", a la llamada "criminalidad de bagatela".[92]

[88] En ello por cierto se requiere una *adaptación al procedimiento normal*. Ahí la acusación (*fiscal*) solamente puede ser retirada hasta la decisión (*judicial*) de apertura (§ 156). Pero si el dictado del mandato penal como consentimiento *judicial* a la petición *fiscal* corresponde estructuralmente a la resolución de apertura, entonces la "acusación" en el sentido del ß 411 III 1 (es decir, la petición del mandato penal) puede ser retirada *al inicio* solamente hasta el dictado del mandato penal; esta posibilidad de retirarla, sin embargo, *renace* con una admisible objeción (opinión dominante: Gössel, nota 76, § 411, nm. 37; Fischer, nota 86, § 411, nm. 19; en contra *OLG Karlsruhe* NStZ 91, 602). De esta adaptación estructural al procedimiento normal resulta también que no se puede retirar la acusación si la petición del mandato penal se formula *después* de la apertura del procedimiento principal (especialmente en la vista de la causa) (§ 411 III 3 en rel. con § 408a); ya que entonces el instante fijado en el § 156 (resolución de apertura) ya transcurrió. En lo demás, el retiro después del comienzo de la vista de la causa sólo es posible con el consentimiento del acusado (§ 411 III en rel. con § 303 frase 1; *K/M-G*, nota 1997, § 411, nm. 8).

[89] El mandato penal no es mencionado en la parte resolutiva ni en los fundamentos de la sentencia (Fischer, nota 86, § 411, nm. 31; Gössel, nota 76, § 411 nm. 54).

[90] *K/M-G*, nota 1997, § 411, nm. 10 y s.; Fischer, nota 86, § 411, nm. 31; Gössel, nota 76, § 411, nm. 57 y s.; crít. Roxin, 1995, nota p. 472.

[91] Compár. ya *supra* I. 2.

[92] Roxin, nota 1995, p. 468.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Concretamente se trata de los siguientes delitos y grupos delictivos: simples lesiones (§ 223 del Código Penal=CP), delitos de tránsito (§§ 315c, 316 CP), coacción (§ 240), simples delitos patrimoniales contra la propiedad (§§ 242, 246, 263 CP). El análisis de *Dessecker/Geisler-Frank* revela que el procedimiento por mandato penal tiene diversa aplicación en las diferentes regiones (*Gebauer* 1987; *Hergenröder* 1986), que el tribunal sigue casi siempre a la petición fiscal (*Heinz* 1987, *Blankenburg/Sessar/Steffen* 1978), que en los hurtos el monto del daño determina la intensidad de la intervención (sobreseimiento, mandato penal o acusación) y que predominantemente se aplica a autores sin reincidencia penal específica (*Kotz* 1983, *Wagner* 1979).[93]

Si bien el porcentaje de los *procedimientos concluidos por mandato penal firme* desde los años 30 (más del 65%)[94] se redujo considerablemente, no debe subestimarse la gran importancia práctica del procedimiento por mandato penal.[95]

En los años **1977** y **1987** la cantidad de peticiones fiscales de mandato penal –medida sobre la cantidad total de los trámites (1.319.878 y 1.494.229 resp.)– ascendió a 17,8% y 16,2% resp.[96] Ante los AG la *cuota de las peticiones* medida sobre la cantidad total de procedimientos penales (970.595 y 975.639 resp.) ascendió a 44,5% y 46,4% resp. En su caso se interpuso *objeción* contra el 29,9% y 32,7% resp. de dichas peticiones; 0,5% y 0,88% resp. de las peticiones fueron *rechazadas*; en el 31% y 30,8% resp. de los casos –medido en la cantidad total de los procedimientos– el mandato penal quedó *firme* (cuota de desgravación), es decir, que casi *un tercio* de los procedimientos ante los AG concluyó por mandato penal. Los *procedimientos de objeción* concluyeron en 43,3% y 38,5% resp. de los casos por sentencia, en 27,4% y 31,3% resp. por desistimiento de la objeción y 0,6% y 0,3% resp. por desistimiento de la denuncia.[97]

En el año **1993** la *fiscalía* peticionó mandato penal en 643.904 procedimientos, es decir, 17,5% de los en total 3.686.469 procedimientos tramitados; en **1994** en 669.006 procedimientos, es decir, 16,7% de los en total 3.996.024

[93] Dessecker/Geissler-Frank, *Empirische Forschungsarbeiten zum Strafverfahren und Strafverfahrensrecht*, Friburgo 1995, pp. 271 y ss.

[94] Gössel, nota 76, ante el § 407, nm. 8.

[95] Roxin, nota 1995, pp. 468 y s.; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, Stuttgart, entre otros, 2ª ed. 1994, nm. 321; Fezer, nota 1994, p. 20; Gössel, nota 76, antes del § 407, nm. 9; Fischer, nota 86, antes del § 407, nm. 1; Leibinger, "Rechtsvergleichende Zusammenfassung", in Jescheck/Leibinger (ed.), *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Baden-Baden 1979, pp. 692 y s.; Müller, K. J., *Das Strafbefehlsverfahren*, Frankfurt/M 1993, pp. 256 y ss.

[96] Müller, nota 97, pp. 344 y s.; (tablas 1 y 2).

[97] Müller, nota 97, pp. 348, 350 (tablas 5 y 7). En ello no están comprendidos los procedimientos concluidos sin el dictado de un mandato penal.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

procedimientos tramitados; en 1995, en 668.545 procedimientos, es decir, 15,9% de los en total 4.204.153 procedimientos tramitados.[98] En total la cifra de las *peticiones* de mandato penal ante el AG en los **años 90** primero creció y después disminuyó.[99]

De esas cifras se sigue un considerable recargo de tareas del juez penal solamente por peticiones de mandatos penales. Según la vigente distribución de tareas para Baden-Württemberg un juez del AG solamente dedicado a peticiones de mandatos penales debería sustanciar anualmente 5.500 peticiones. En 227 días laborables a 8 horas le quedan como promedio 20 minutos de tiempo laboral para cada mandato penal.[100]

a3) *Reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho*

En el caso del procedimiento por mandato penal se trata de un procedimiento escrito y con ello *ajeno a la naturaleza del proceso acusatorio oral*. En consecuencia los peligros desde el punto de vista del Estado de Derecho son manifiestos.

Si se sigue un criterio sostenido con frecuencia y quizá imperante en la práctica, no es necesario el convencimiento judicial

[98] *Statistische Bundesamt*, Staatsanwaltschaften 1993, Wiesbaden 1996, pp. 14 y ss.; íd., Staatsanwaltschaften 1994, 1996, pp. 14 y ss.; íd., Staatsanwaltschaften 1995, 1996, p. 14.

[99] En los *antiguos* Estados (alte Bundesländer sin RDA) se alcanzaron las siguientes cifras (sin peticiones conforme al § 408ª): en **1990**, 486.900, en **1993**, 597.270 y en **1995**, 552.239; en la Alemania reunificada: en **1995**, 681.352 (Statistisches Bundesamt, Strafgerichte 1994, 1995, 1996, pp. 7 y ss.); debe tenerse en cuenta que la estadística judicial no indica el número de los mandatos penales que quedaron firmes, sino solamente el número de los mandatos judiciales dictados en la vista de la causa (§ 408a) y las peticiones por mandato penal resueltas por sentencia (§ 407). Dichas cifras aumentaron absolutamente de 9.800 y 55.135 resp. en **1991** a 19.853 y 73.209 resp. en el año **1995**. También se debe tener en cuenta el aumento de la totalidad de las resoluciones definitivas de 614.880 a 775.228 (íd., Strafgerichte 1993, 1995, p. 12, y Strafgerichte 1995, 1996, p. 16). Reconocer esto costó mucho tiempo y esfuerzo, ya que en la estadística judicial para 1993 y 1994 se deslizó un error: los números 3 de la tabla 2.2 remiten al § 408 en lugar del 408a, lo que puede conducir a la conclusión falsa de que se trata de resoluciones definitivas por mandatos penales que quedaron firmes. Con anticipación al descubrimiento de este error tuvieron lugar numerosos esfuerzos de mis colegas Holger Barth y Jörg Kinzig y de mis colaboradores Jan Woischnik y Julia Beintmann incluidas llamadas telefónicas a la Secc. VII C de Oficina Federal de Estadística. A todos los partícipes debo agradecerles su esfuerzo y paciencia.

[100] Hausel, "Ungenutztes Beschleunigungspotential des Straf(-befehls-)verfahrens?", *ZRP* 1994, pp. 94-96, 96.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de la culpa del imputado para el libramiento de un mandato penal, sino –como resulta de una interpretación a contrario sensu del § 408 II 1– solamente de una *suficiente sospecha* de delito.[101] Como consecuencia esto significa que en todos los casos en que un mandato penal adquiere fuerza legal –se trata de decenas de miles de procedimientos–[102] se acepta una conclusión del procedimiento equivalente a sentencia con efectos jurídico-penales sobre la base de una suficiente sospecha de delito. Ello sin embargo viola el principio de culpabilidad y de la presunción de inocencia,[103] y va en contra del derecho internacional (art. 14 inc. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-PIDCP, arts. 6° inc. 2 y 8° inc. 2 de las Convenciones sobre Derechos Humanos Europea y Americana, respectivamente-CEDH y CADH) y derecho constitucional (art. 20 III de la Ley Fundamental, principio del Estado de Derecho); por ello no puede haber sido intencional. Es más, como se desprende de la Exposición de Motivos oficial de la ley,[104] el libramiento del mandato penal tiene como presupuesto el *convencimiento de la culpa* del acusado.[105] Solamente en este caso el juez "no puede tener reparos" (§ 408 III 1) y corresponder a la petición de mandato penal.

Pero si en decenas de miles de procedimientos no se llega a una vista de la causa y el juez no debe oír al acusado antes de la expedición del mandato penal (§ 407 III), es además opinable si en esos procedimientos se da cuenta suficientemente del *derecho de ser oído* (arts. 14 inc. 1 PIDCP, 6° inc. 1 CEDH y 8° inc. 1 CADH - art. 103 I de la Ley Fundamental). La opinión general entiende que es así, porque el imputado tiene la posibilidad de objeción y con ello de una vista de la causa (§ 411 I 2 en rel. con § 410 I, II); esto

[101] Compár, sólo *K/M-G*, nota 1997, § 408, nm. 7; Roxin, nota 1995, p. 471; Hausel, nota 102, p. 95 (con una por cierto falsa remisión a Fischer, KK en FN 20); *Schaal*, Hinreichender Tatverdacht oder richterliche Überzeugungsbildung für den Strafbefehl?, en Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlín 1990, pp. 427-444, 440 y ss.

[102] Compár. las ya en parte cit. cifras en Müller, nota 97, p. 348 (tabla 5).

[103] Aun cuando su contenido exacto hasta hoy no está aclarado (compár. Roxin, nota 1995, p. 68).

[104] Compár. Rieß, Zweifelsfragen zum neuen Strafbefehlsverfahren, Juristische Rundschau (JR) 1988, pp. 133-136, 133 y ss.

[105] Acertadamente Fezer, nota 1994, p. 20; íd. Rieß, nota 106, pp. 133 y s.; Gössel, nota 76, antes del § 407, nm. 11; Fischer, nota 86, § 408, nm. 16.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

a primera vista parece plausible[106] (y fue consentida constitucionalmente, por cierto de paso, en forma de "obiter dicta"[107]), pero tiene la preocupante consecuencia de que en numerosos casos, en los que no se hizo uso a tiempo de la *posibilidad* de objeción por el motivo que fuese, al imputado solamente le queda la posibilidad de expresarse en el marco de la declaración –generalmente pericial– del procedimiento instructorio conforme § 163 a I. Si esa declaración es suficiente para el derecho a ser oído, es más que opinable.[108] A ello hay que añadir que la omisión de la indagatoria según la doctrina dominante no debe ser perjudicial, ya que la insuficiencia procedimental se subsanaría con la fuerza legal del mandato penal.[109] A esta solución no se le puede desconocer cierta lógica si se parte solamente de la posibilidad de objeción. Quien pierde dicha posibilidad –así suena el argumento que se esconde detrás– debe cargar con las consecuencias hasta el final y no puede, tras el transcurso del plazo de objeción, pretender audiencia legal. Entre tanto debe dejarse oponer la objeción jurídico-civil del

[106] *K/M-G*, nota 1997, § 407, nm. 24; Fischer, nota 86, § 407, nm. 20; Gössel, nota 76, § 407, nm. 58; en contra ya al inicio Eser (Das rechtliche Gehör im Strafbefehlsund Strafverfügungsverfahren, JZ 1966, pp. 660-669), que en ello ve simplemente una insuficiente "ayuda ex post".

[107] *BVerfGE* (decisiones del Tribunal Federal Constitucional) tomo 3, pp. 248, 253; *BVerfGE* 25, 158, 164 y ss. El BVerG argumenta en relación a la imprescindibilidad práctica del procedimiento por mandato penal, sin entrar a considerar la fundamental problemática desde el punto de vista del Estado de Derecho. Compár. también Tribunal Europeo de DDHH (NJW 1993/717), quien si bien critica el corto plazo de objeción, niega una lesión al art. 6° I CEDH, porque al afectado le quedaba el (extraordinario) remedio jurídico de la reposición en la situación anterior; lo que apenas es convincente, ya que al condenado en ese caso no se le dio ni siquiera en el sumario/instrucción la oportunidad de expresarse de acuerdo al § 163a (por ello es acertada la disidencia del juez *Walsh*, *op. cit.*, pp. 717 y s.).

[108] Por cierto que el § 163a desde el punto de vista alemán debe asegurar el derecho a ser oído (compár. sólo Wache, nota 112, § 163a, nm. 1), sin embargo no puede sustituir el "derecho a ser oído por el tribunal o juez" garantizado por el art. 103 I de la Ley Fundamental (compár. fundamentalmente y con argumentos convincentes Eser, nota 108, pp. 661, 666 y ss.). Desde el punto de vista del derecho internacional las apuntadas prescripciones garantizan el derecho de (igual) acceso a los tribunales (Gollwitzer, en L/R, nota 102 (31. entrega 1992), MRK art. 6°, art. 14 IPbpR, nm. 42 y ss.; Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, Estrasburgo 1989, art. 14, nm.1); a tal efecto es insuficiente el mero interrogatorio –regularmente policial– en el sentido del § 163a.

[109] Gössel, nota 76, § 407, nm. 59; *K/M-G*, nota 1997, § 407, nm. 24; crít. Eser, nota 108, pp. 662 y s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

"venire contra factum propium". No puede dejar de acentuarse que sólo se trata de una posibilidad de interposición de la objeción cuya efectividad está considerablemente relativizada por exigencias restrictivas de plazo ("dentro de dos semanas después de la notificación", § 410 I) y de forma ("por escrito o bajo acta", § 410 I) y que en el mejor de los casos crea *un auxilio "ex post facto"* y que implica una renuncia a la posible y anterior audiencia (judicial) del procedimiento normal.[110] Esto además guarda relación con la sospecha –empíricamente por cierto no comprobable– según la cual en una parte no desdeñable de los mandatos penales que quedaron firmes, se desiste de la objeción por razones eventualmente no imputables al demadado y sin conciencia de la consiguiente pérdida del derecho a ser oído. Por la falta de efectividad de la prohibición de empeoramiento (§ 411 IV) podría pensarse que el denunciado desiste de la objeción por temor a estar en "peor situación" tras una audiencia.[111] Esta crítica, no nueva por cierto, es alentada últimamente por reformas legislativas que debilitan la posición del imputado; así en especial la extensión del monto y modo de la pena (con la más reciente posibilidad de la pena privativa de libertad)[112] y la incorporación del § 408a.

De acuerdo al *§ 408a* incorporado en 1987, la fiscalía puede formular una petición (escrita)[113] por mandato penal cuando ya se abrió el procedimiento principal, es decir, después de la acusación y expedición de la resolución de apertura.[114] Además de los presupuestos generales conforme al § 407 es necesario para ello que se oponga una razón importante a la celebración de la vista de la causa. La ley menciona especialmente la no concurrencia o la ausencia del imputado (408 I). Contra un imputado que *no compareció* solamente cabe una vista de la causa bajo los presupuestos de los

[110] Por ello crít. Eser, nota 108, p. 664.

[111] También por ello la prohibición de empeoramiento (*reformatio in peius*) debiera regir –desde el punto de vista del "fair trial"– cuando en la vista de la causa no surgen agravantes frente a los hechos probados en el mandato penal. (Compár. Roxin, nota 1995, p. 472 con otros fundamentos.)

[112] Compár. además ya *supra* bajo aa) y crít. –en lugar de muchos– Fezer, nota 1994, pp. 21 y s.; *Schellenberg*, nota 84.

[113] Ya que también para ese procedimiento rige el § 407, que prescribe escrituralidad (en vez de muchos: Rieß, nota 106, p. 135).

[114] En cuanto a las reservas dogmáticas contra la norma compár. Gössel, nota 76, § 408a, nm. 3 y ss. con otros fundamentos.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

§§ 232 y ss., es decir, si fue advertido de ello con una notificación formal (§ 232 I); contra un acusado *ausente* no se celebra una vista de causa (§ 285 frase 1). Una razón importante en el sentido del § 408a I concurre si faltan los presupuestos de los §§ 232 y s. o si el acusado está ausente. Conforme al Nº 175a. RiStBV[115] es posible una petición por mandato penal de acuerdo con el § 408a particularmente cuando:

– el acusado con residencia conocida vive en el extranjero, pero su remisión para la celebración de la vista de la causa no sería posible o no sería adecuada;

– cuando el acusado no concurre justificadamente a la vista de la causa porque no puede participar por una enfermedad prolongada, aunque en lo demás su capacidad de deliberación no esté restringida;

– cuando el acusado no concurre a la vista de la causa y no se puede deliberar sin su presencia conforme al § 232;

– cuando existan considerables razones que impiden la recepción inmediata de la prueba en la vista de la causa, y no se den los presupuestos del § 251 II 2,[116] pero los hechos se encuentran suficientemente esclarecidos de acuerdo al contenido de las actuaciones.

El procedimiento conforme al § 408a amplía por un lado las posibilidades –contra acusados que no concurrieron o ausentes– de concluir procedimientos "empantanados" y limita por el otro el principio de inmediación por medio de los §§ 251 y ss. Otras importantes razones además de las mencionadas –sólo como ejemplo– dan a las partes un "manejable campo de acción"[117] que favorece acuerdos *"praeter legem"* que pueden conducir a un procedimiento por mandato penal bajo inobservancia de los presupuestos gene-

[115] Directrices (federales uniformes) para el procedimiento penal y de multas, en base a decretos de los Ministros de Justicia Federal y de los Estados (en *K/M-G*, nota 1997, suplemento A 15).

[116] El § 251 II prevé una excepción al principio de inmediación (§ 250) por *lectura* de actas del interrogatorio o declaraciones escritas, cuando el acusado tiene un defensor y él, su defensor y el fiscal están de acuerdo con ello (frase 1) o el testigo, perito o coimputado (cuya declaración debe ser leída) fallecieron o no se les podrá tomar declaración judicial "en tiempo previsible" (frase 2). Por medio del § 408a en rel. con 175 a RiStBV, por consiguiente, esta excepción se amplía (pero compár. ya § 411 II 2 en rel. con § 420).

[117] Rieß, nota 106, p. 135.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

rales.[118] Tal conducta impropia y contraria a la ley presupone un acuerdo de todos los partícipes del procedimiento, ya que el fiscal debe formular la petición (§ 408a I), el juez librarlo (§ 408a II) y el acusado y su defensor resp. no deben atacarlo con la objeción (§ 410). La razón de tal acuerdo puede basarse en la autoridad de la acción penal y la esperanza del tribunal en sus efectos, y desde el punto de vista del acusado y respectivamente de su defensa en una complacencia en la medida de la pena. Finalmente, el § 408a posibilita un –hasta ahí desconocido– *doble efecto acelerante*, mediante el cual *en primer lugar* se formula una petición de condena en el procedimiento acelerado (§ 417) y *luego*, en la siguiente vista de la causa (§ 418) por incomparecencia del acusado, se solicita un mandato penal. Este acoplamiento aparece como especialmente peligroso, porque el acusado debe adecuarse en brevísimo plazo a dos modalidades distintas del procedimiento.[119]

Finalmente, se robustecen todos esos reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho, cuando se echa una mirada a la –con frecuencia distanciada de la ley– *práctica*. El recargo de los AG, que fue acentuado por la ley de descargo de la justicia,[120] conduce a una presión a la que se debe poner fin,[121] además de que convierte en simple formalidad el examen de los presupuestos legales para el libramiento de un mandato penal (§ 408). En general, la petición fiscal se ajusta al § 409,[122] de manera que el juez sólo debe consentir; según *Hausel* "en la práctica acaso el 80% de todas las

[118] Crít. también Gössel, nota 76, § 408a, nm. 7; Fezer, nota 1994, p.18. Cabe tener en cuenta en efecto que la formulación de la petición por mandato penal *después* de la apertura del procedimiento principal presupone que el estado procesal frente al tiempo *anterior* a la apertura, en especial al sumario (en el que debe formularse la petición del mandato penal conforme al § 407 I 2), se ha modificado de tal manera, que *justo ahora* se dan los presupuestos generales conforme al § 407 I (en especial frase 2) [Gössel, *op. cit.*, nm. 6; Rieß, nota 106, p. 135]. Por ende es consecuente, si la importancia práctica del § 408a es poca, ya que o bien se pidió el mandato penal en el procedimiento previo (sumario) o el procedimiento concluye en el procedimiento principal de otra manera, en especial por sobreseimiento judicial (similar Fischer, nota 86, § 408a, nm. 3; sin embargo, según Schellenberg, nota 84, p. 570 la justicia por intermedio del § 408a está en la posibilidad de sancionar "una gran parte de la criminalidad común" por escrito).

[119] Crít. también Fezer, nota 1994, p. 18, nm. 67.

[120] En lugar de muchos: Hausel, nota 102, p. 94.

[121] Compár. las cifras ya indicadas bajo bb) bajo remisión a Hausel (nota 102).

[122] Compár. nota 85.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

peticiones por mandato penal se suscribirían más o menos sin examen".[123] Los supuestos legales –estimación coincidente de fiscal y juez (§ 408 III 2), convencimiento de la culpa del acusado o simplemente suficiente sospecha de delito (§ 408 III 1 en rel. con § 408 II 1), investigaciones complementarias (§ 408 II en rel. con § 202 análogo), etc.– se revelan ante este trasfondo fáctico como meros deseos de un legislador distanciado de la realidad judicial. En todo ello se vislumbra en un futuro próximo la posibilidad de dejar a la fiscalía el libramiento del mandato penal, ya que sólo esto contribuiría a una real decongestión de los juzgados de primera instancia.[124]

b) *Procedimiento acelerado*

El procedimiento acelerado fue regulado de nuevo por la ley contra la delincuencia de 1994 en los §§ 417-420 (antes §§ 212-212b).

b1) *Desarrollo*

La *fiscalía* formula la *petición* de condena en el procedimiento acelerado ante el juez penal o tribunal de escabinos[125] del AG[126] "si la causa en base a su simple contenido fáctico o a la clara situación probatoria se adapta a una deliberación inmediata" (§ 417). No es necesaria una *acusación* escrita, ya que la misma puede formularse *oralmente* al comienzo de la vista de la causa y su contenido esencial ser incorporado al acta de la audiencia (§ 418 III). La *audiencia* se celebra en breve plazo, es decir, y según el legislador,[127] en

[123] Hausel, nota 102, p. 96. A ello corresponden los resultados de la investigación reproducidos en Heinz 1987 y Blankenbur/Sessar/Steffen 1978, en Dessecker/Geisler-Frank, nota 95, pp. 272 y s.

[124] Así claramente Hausel, nota 102, pp. 94, 96.

[125] En base al ampliado poder del juez penal (§ 25 I Nº 2 GVG) queda poco espacio por cierto para el tribunal de escabinos, equivalentemente como en el procedimiento por mandato penal [arriba I a) aa)] (detalladamente Loos/Radtke, Das beschleunigte Verfahren (§§ 417-420 StPO) nach dem Verbrechensbekämpfungsgesetz, NStZ 1995, pp. 596-574 y 1996, pp. 1-14, aquí p. 8.; *K/M-G*, nota 1997, § 417, nm. 1).

[126] El procedimiento acelerado no tiene lugar contra menores, pero –a diferencia del procedimiento por mandato penal (nota 100)– sí contra menores adultos (§ 79 II JGG, a cuyo inciso II no remite el § 109 JGG).

[127] Bundestag Drucksachen (Impresos del Parlamento, BT-Drs.) 12/6853, p. 36.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

una a dos semanas sin procedimiento intermedio (§ 418 I). El imputado es notificado –si no se presenta voluntariamente o se le hace comparecer– en 24 horas; con la notificación se le comunica la imputación de los hechos (§ 418 II). Se le debe designar un *defensor* si la supuesta pena privativa de libertad es como mínimo de seis meses (§ 418 IV).[128]

El tribunal tiene dos posibilidades decisorias:[129]

– Debe *corresponder a* la petición, si la causa es "apropiada" para dicho procedimiento[130] (§ 419 I 1).

– Si "no es apropiada", *rechaza* la petición por resolución inapelable –hasta la proclamación de la sentencia– y debe decidir entonces sobre la apertura del procedimiento principal;[131] ello depende de la existencia de *suficiente sospecha* de delito. Si se niega esta última y no se abre dicho procedimiento, la fiscalía puede prescindir de una nueva acusación (§ 419 III).

Si el tribunal ha lugar a la petición, se celebra la vista de la causa en la cual son posibles determinadas *facilidades en la recepción de la prueba* en relación al procedimiento normal:[132]

– Actas de declaraciones o manifestaciones verbales en documentos de testigos, peritos o coimputados pueden ser *leídas*

[128] En el procedimiento normal debe nombrarse un defensor en el caso de una condena privativa mínima de libertad de 1 año (§ 140 I N° 2 OPP en rel. con § 12 I CP) o por razones de la difícil situación fáctica y jurídica (§ 140 II). Para la contradicción entre efecto acelerante y adecuada defensa véase Loos/Radtke, nota 128, pp. 10 y ss. con más referencias en FN 106.

[129] Extensamente Loos/Radtke, nota 128, pp. 573 y ss. y 7 y ss.

[130] La aptitud depende de circunstancias fácticas y jurídicas. El procedimiento acelerado es inadecuado por razones *fácticas*, cuando la causa es complicada y no es clara la prueba, así que para la *exacta aclaración* aparece como necesaria una vista de la causa (§ 417 I e.c.). Es *jurídicamente* inadecuado cuando la prevista competencia para las consecuencias legales se excediese (§ 419 I 2,3) o se oponen otras razones jurídicas, en especial falta de suficiente sospecha de delito (*K/M-G*, nota 1997, § 419, nm.3; Treier, en KK, nota 63, § 212b, nm. 1; sobre la aptitud primordial en base a la simpleza de los hechos acertadamente Loos/Radtke, nota 128, p. 572 f.).

[131] Según la situación legal anterior, el rechazo eliminó la litispendencia judicial y la causa volvía a la fiscalía. Ahora existe la posibilidad de pasar del procedimiento acelerado al normal por medio de un simplificado procedimiento intermedio (*K/M-G*, nota 1997, § 419 nm. 9; Loos/Radtke, nota 128, pp. 571 y ss., 573).

[132] El distinto desarrollo de la vista de la causa que de ello se desprende conduce a que, dentro del (nuevo) procedimiento abreviado además deban distinguirse diversos tipos de procedimiento (*K/M-G*, nota 1997, § 420 nm. 1 y ss.; Loos/Radtke, nota 128, pp. 570 y ss.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

en sustitución de la inminente audiencia, en tanto las partes del procedimiento –presentes en la vista de la causa– *consientan* (§ 420 I, III).

– Declaraciones de funcionarios y similares pueden ser *leídas* además de lo previsto en el § 256 –igualmente con *consentimiento* de las partes en el procedimiento– presentes en la vista de la causa (§ 420 II, III).[133]

– En el procedimiento ante el juez penal (del AG) éste determina la recepción de la prueba si bien en los límites del deber de esclarecimiento (§ 244 II), pero *sin sujeción a las reglas formales* de petición de las pruebas de los §§ 244 III-V, 245 (§ 420 IV).

De la competencia limitada en cuanto a las consecuencias jurídicas resulta el hecho de que el tribunal no puede imponer una condena privativa de libertad superior a un año ni medidas de seguridad y corrección[134] (§ 419 I 2). Contra la sentencia caben los *recursos* normales.[135]

b2) *Importancia práctica*

El procedimiento acelerado permite la condena rápida de hechos sin mayores problemas. Así por ejemplo los detenidos por excesos de violencia en las grandes reuniones de conformidad al § 127 ya pueden ser condenados al día siguiente en el marco de la audiencia judicial en sede policial conforme al § 128 I; igualmente al ladrón de un comercio sorprendido "in fraganti" puede hacérsele comparecer de inmediato ante el juez. En la práctica más importante sería que el sospechoso que se encuentra en arresto bajo investigación sea conducido ante el juez en un plazo adecuado (de

[133] Según el § 256 puede darse *lectura* a declaraciones de funcionarios públicos contenidas en testimonios o peritajes, certificados médicos sobre lesiones corporales no graves como otros peritajes e informes (*K/M-G*, nota 1997, § 256, nm. 1 y ss.). Frente a ello el § 420 II –en su redacción similar al § 77a OWiG– permite que se dé lectura a *todas* las declaraciones sobre comprobaciones y reconocimientos de servicio, por ejemplo también de notas policiales de las actuaciones (*K/M-G*, nota 1997, § 420 nm. 7; Loos/Radtke, nota 128, p. 570).

[134] Excepto el retiro del permiso de conducir (§ 419 I 3 OPP en rel. con § 61 N° 5 CP).

[135] Es discutido si el § 420 rige también en una posible audiencia de *apelación* (a favor *K/M-G*, nota 1997, § 420, nm. 12; en contra Loos/Radtke, nota 128, pp. 8 y ss.); para la posible pérdida de la aceleración por la interposición de recursos compár. Loos/Radtke, nota 128, p. 10.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

2 a 4 semanas) y condenado.[136] La concreta aplicación de dichas posibilidades depende por cierto de la estrecha colaboración entre fiscalía y juzgado de primera instancia. Si el juzgado de primera instancia no tiene la posibilidad de fijar audiencia por semanas, la petición del fiscal no prospera.[137]

Herzog comprobó para el distrito del AG Frankfurt para el año 1989 que concretamente las contravenciones contra la ley de extranjeros, hurtos simples (por ejemplo en relación con la apropiación de drogas por los adictos) y adulteración de documentos ("papeles falsos") son juzgados por el procedimiento acelerado; los autores son extranjeros en un 90% y que "con frecuencia" se impusieron penas privativas de libertad sin libertad condicional.[138] *Fezer* añade a estos datos la conquista de otros (§ 265a CP), gracias a la investigación que llevó a cabo en Hamburg, descubriendo una participación de extranjeros de por lo menos un 50% y la relativamente frecuente imposición de condenas (también sin libertad condicional).[139]

Sin embargo, la empíricamente comprobada importancia de este "procedimiento rápido"[140] es relativamente pequeña. *Dessecker/Geisler-Frank*, en base a su investigación, comprueban que se sustancia en forma relativamente escasa *(Gebauer* 1987, *Neumann* 1963).[141] Las más recientes cifras disponibles lo confirman.

En el año **1993** la *fiscalía* formuló 17.776 peticiones de vista de causa inmediata (§ 212 red. ant.), es decir, el 0,5% del total de 3.686.469 causas sustanciadas.[142] Ante el *AG* se sustanciaron 927 procedimientos con condena en el procedimiento acelerado (0,13% del total de 699.434 procedimientos sustanciados). En el año **1994** la *fiscalía* formuló en 15.490 procedimientos, es decir, en el 0,4% del total de 3.996.024 procedimientos, una petición inmediata de vista de la causa (§ 212 red. ant.);[143] en **1995**, en 17.340 de un total de 4.204.153 (0,4%) procedimientos según el nuevo § 417.[144] Ante el *AG* se sustanciaron 932 procedimientos con condena en procedimientos acelerados (0,12 % del total de 752.763 procedimientos).[145] Sin embargo, el procedimiento acelerado parece ganar creciente importancia a nivel de algunos Estados Federales, en particular en el de Brandenburg.[146]

[136] Fezer, nota 1994, p. 13; Roxin, nota 1995, p. 442; Kramer, nota 123, nm. 319; *Rieß*, nota 1994, § 212, nm. 6; Loos, en AK StPO (1996), § 212, nm. 5 y ss. En especial Loos/Radtke, n. 128, p. 571, señalan que la inmediata presentación judicial del detenido provisionalmente conforme al § 127 sea una "quantité négligeable". Según Fezer, nota 1994, p. 14, nm. 46, ya no tienen importancia los casos de los "violentos del fútbol" (pero para ello recientemente *Scheffler*, nota 1994).

[137] Esta indicación se la debo al Sr. Fiscal Superior Isak, Friburgo de Brisgovia, convers. telefón. del 10.7.1996.

[138] Herzog, Wider den "kurzen Prozeß", ZRP 1991, pp. 125-129, 126.

[139] Fezer, nota 1994, p. 14 en nm. 47.

[140] Rieß, nota 1988, § 212, nota marg. 6; Herzog, nota 141, p. 125.

[141] Dessecker/Geisler-Frank, nota 95, pp. 274 y ss. Igual Rieß, nota 1988, § 212, nm. 4; Fezer, nota 1994, p. 13.

[142] Statistisches Bundesamt, nota 126. En 0,46% de los procedimientos (16.441) se formuló una petición para la sustanciación del procedimiento juvenil simplificado conforme al § 76 de la JGG.

[143] Statistisches Bundesamt, nota 126. En 0,4% de los procedimientos (16.723) se formuló una petición para la sustanciación del procedimiento de menores simplificado conforme al § 76 de la JGG.

[144] Statistisches Bundesamt, nota 126. En 0,4% de los procedimientos (17.831) se formuló una petición para la sustanciación del procedimiento de menores simplificado conforme al § 76 de la JGG.

[145] Statistisches Bundesamt, nota 127. En 561 (1993) resp. 665 (1994) procedimientos se dictó una decisión conforme al § 76 de la JGG.

[146] Sobre Brandenburg véase: *FAZ* del 13.7.1996; *Der Tagesspiegel* (Berlín) del 13.7.1996. Sobre Berlín: *Der Tagesspiegel* del 26.8.1996.

[147] Según la voluntad del legislador de 1877, debió quedar limitado a infracciones con arresto hasta 10 semanas o una limitada pena pecuniaria (detall. Fezer, nota 1994, p. 16; Dähn, nota 1992, pp. 352 y ss.).

[148] Rieß, nota 1988, § 212 nm. 6.

[149] Compár. Fezer, nota 1994, pp. 14 y ss.; Roxin, nota 1995, p. 443; Rieß, nota 1988, § 212, nm. 7 y ss.; Loos, nota 139, § 212 nm. 3; Dähn, nota 1992, p. 354; Scheffler, nota 1994, p. 2192; Herzog, nota 141, p. 129.

[150] Igual en el resultado Loos/Radtke, nota 128, p. 13; Loos, nota 139, § 212, nm. 6; Dähn, nota p. 355; Roxin, nota 1995, p. 443; Rieß, nota § 212, nm. 8; llegando más lejos, para su supresión: Scheffler, nota 1994, p. 2195 y Herzog, nota 141, p. 129.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

b3) *Reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho*

Los reparos contra el procedimiento acelerado se *acentuaron* con la ley contra la delincuencia de 1994 y lo alejaron aun más de sus raíces históricas.[147]

Como siempre, es válida la crítica fundamental, según la cual tales "procedimientos rápidos"[148] acentúan demasiado fines penales de *prevención general*, ya que apenas queda tiempo de investigar sobre la motivación fáctica y la personalidad del autor,[149] necesarias para la comprensión de especiales aspectos preventivos. Mientras se puede prescindir de ello en hechos simples de la criminalidad masiva de bagatela, resulta problemático para aquellos hechos de motivación política, cometidos por ejemplo en el marco de manifestaciones. En este caso puede abusarse del procedimiento acelerado como arma política contra quienes piensan de diferente manera; por ello debiera quedar limitado a los casos de *criminalidad "no política"*.[150] Por cierto, tal limitación puede apoyarse no sólo en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el peligro de abuso o en el descuido de aspectos preventivos especiales –estos son directamente inmanentes a los procedimientos abreviados–,[151] sino más concretamente a los indeterminados presupuestos de adecuación. La sistemática y continua ampliación del campo de aplicación de este tipo de procedimiento[152] conduce al interrogante de si la adecuación presupuesta en el § 417 "en base al simple contenido de los hechos o la clara situación probatoria" todavía son –con relación a los procedimientos abreviados– legalmente posibles en base a los §§ 417 y ss., o si, conforme *Scheffler*, aquí no se trata de una *"petitio principii"*.[153] Con otras palabras, parece posible hablar aún de un "contenido fáctico simple" como esencial criterio de adecuación[154] cuando deben juzgarse hechos que hacen necesaria una más exacta investigación de la personalidad del autor, que necesitan de una defensa (§ 418 IV) o que tienen una sanción mínima –frecuentemente aplicada–[155] de un año (§ 419). Esto es negado por parte de la doctrina con argumentos convincentes.[156] También el N° 146 inc. 1 RiStBV[157] se hace cargo del problema, en cuanto expresa:

"El procedimiento acelerado no es el adecuado cuando existan motivos para investigar exhaustivamente la persona del imputado o cuando al imputado... se le limite su defensa por este procedimiento".

Con ello no pretende afirmarse que per se no existan hechos simples;[158] esto significaría apartarse de la práctica procesal estadísticamente comprobada. El ámbito de aplicación del procedimiento acelerado *sin reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho* –hechos esquemáticamente enjuiciables de la masiva criminalidad de bagatela–[159] es imaginablemente pequeño, y tanto que debe ana-

[151] Acertado Dähn, nota 1992, p. 354.

[152] Compár. ya nota 174.

[153] Scheffler, nota 1994, p. 2192: "El procedimiento acelerado es admisible cuando resulta posible un enjuiciamiento rápido; un enjuiciamiento rápido resulta posible cuando se tramita en el procedimiento acelerado".

[154] Compár. ya nota 159.

[155] Compár. *supra* bb).

[156] Loos/Radtke, nota 128, pp. 9 y ss. (relativo a pena privativa de libertad); Dähn, nota 1992, p. 356 (bajo remisión a Baumann, que negó esto en relación a la defensa; similar Fezer, nota 1994, p. 39 en FN 162).

[157] Ver nota 145.

[158] Pero así Herzog, nota 141, p. 129; en contra Dähn, nota 1992, p. 355.

[159] Dähn, nota 1992, p. 355; Roxin, nota 1995, p. 442; Loos/Radtke, nota 128, p. 13; Loos, nota 139, § 212 nm. 6; Rieß, nota 1988, § 212, nm. 7.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

lizarse si ese tipo de procedmiento, en vista de los otros "prepotentes" (*Fezer*) procedimientos abreviados (§§ 153a y 407 y ss.), aún existe justificadamente. Con ello se cierra el círculo de la crítica, ya que el defendible campo de aplicación del procedimiento acelerado se ajusta en su esencia a la mente del legislador histórico, con la diferencia de que aquél no pudo remitirse a otros tan importantes y prácticos procedimientos abreviados.

Con todo ello, sin embargo, aún no hemos enunciado las realmente *importantes reservas desde el punto de vista del Estado de Derecho*. Si partimos del apartado 1 del N° 146 RiStBV, se debe circunscribir más estrechamente el círculo para el campo de aplicación del procedimiento acelerado. El art. 6° III b) CEDH obliga a los Estados miembros a otorgar al acusado "por lo menos"[160] "tiempo y oportunidad suficientes para la preparación de su defensa".[161] Que este derecho se satisfaga o no dependerá naturalmente de la complejidad y de las circunstancias del caso individual. Ni la comunidad de Estados ni el legislador de cada Estado se van a comprometer a indicar aquí un marco temporalmente fijo (aunque ello cabría del punto de vista del Estado de Derecho).[162] En todo caso el acusado debe tener la posibilidad de preparar suficientemente su defensa, es decir, por un lado debe conocer la imputación fáctica y poder reflexionar sobre ella y, por el otro, en tanto sea necesario defensor, debe poder tener contacto sin limitaciones con el mismo.[163] Para ello, un estrecho margen de unos pocos días difícilmente bastará.[164] Sin embargo, el § 418 II fija un plazo de notificación de 24 horas; en peor situación está aquel acusado que es directamente conducido desde el arresto instructorio y que posiblemente conoce la acusación al comienzo de la vista. Quien en vista de tales plazos aún afirma la conformidad de los §§ 417 y ss. con la CEDH sólo puede hacerlo al precio de una nueva limitación del campo de aplicación a los hechos "realmente" simples.[165] En tal caso se tratará –nuevamen-

[160] En el original inglés se dice "minimal rights", en el francés "notamment".

[161] Compár. también art. 8 II c) de la CADH A art. 14 III b) PIDCP, que agrega el derecho a comunicarse con un defensor de su elección.

[162] Compár. la propuesta *de lege ferenda* en la parte final.

[163] Gollwitzer, en L/R, nota 110, nm. 174 y ss.

[164] Compár. Nowak, nota 110, nm. 44.

[165] Gollwitzer, en L/R, nota 110, nm. 186; igual en el resultado Dähn, nota 1992, pp. 354 y ss.; Loos/Radtke, nota 128, p. 11; Crít. también Loos, nota 139, § 212, nm. 3; Rieß, nota 1988, § 212 nm. 8; por una falta –por cierto sin fundamentación– Herzog, nota 141, p. 127.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

te– de la ya mencionada criminalidad masiva de bagatela menos el factor X.

Las posibilidades defensivas están en general considerablemente limitadas, no sólo desde el punto de vista temporal, sino también en lo relativo a una *defensa adecuada y completa.* El imputado debe "soportar" el procedimiento porque no tiene a su disposición recurso legal alguno contra la acusación fiscal ni contra la decisión judicial (como por ejemplo –en tanto estructuralmente equiparable– la objeción en el procedimiento por mandato penal); tampoco puede influir en el plazo de notificación.[166] Con base en el examen de la suficiente sospecha fáctica para la decisión judicial sobre la petición de juzgamiento en procedimiento acelerado (compár. § 419 III), existe el peligro de que se exponga al imputado a una vista de la causa sin suficiente sospecha de delito. Con *Loos/Radtke* se debe exigir, *por lo menos,* que el examen de suficiente sospecha de delito tenga lugar ya en la *presentación* de la petición del fiscal ante el tribunal.[167] Incluso es sistemática y estructuralmente consecuente exigir el examen de suficiente sospecha de delito *al formularse* la petición del fiscal, ya que en esa petición –como en la petición del mandato penal– estamos ante un sustituto de la acusación, que sin embargo presupone una suficiente sospecha de delito (§ 170 I).

Ahora el § 420 III le otorga solamente al acusado un *derecho formal de consentimiento,* si bien al precio de graves restricciones del principio de inmediación (§§ 420, I, II).[168] La –*de ahí* reconocida– exigencia de consentimiento no puede compensar la limitación de garantías provocada por dicha prescripción, ya que el acusado –generalmente extranjero o indefenso–[169] pocas veces será consciente de la trascendencia de su consentimiento y con ello se abre la posibilidad de *acuerdos extralegales* que sólo un acusado asistido profesionalmente puede aprovechar en su favor.[170] El punto más débil para la posición de defensor se encuentra sin embargo

[166] Crít. Fezer, nota 1994, pp. 15, 38 y ss.; Herzog, nota 141, p. 128; *Scheffler,* nota 1994, p. 2192; Dähn, nota 1992, p. 357.

[167] Loos/Radtke, nota 128, pp. 573 y ss.

[168] Compár. ya *supra* aa).

[169] Compár. ya *supra* bb).

[170] Crít. también Loos/Radtke, nota 128, pp. 11 y ss.; Scheffler, nota 1994, p. 2195; Hamm, nota 23, p. 458; Dahs, Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 -ein Produkt des Superwahljahres, NJW 1995, pp. 553-557, 557.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en el § 420 IV. El alcance de la recepción de la prueba en el procedimiento ante el juez penal (es decir, prácticamente en todos los procedimientos[171]) se circunscribe solamente al deber de esclarecimiento de oficio, constituyendo no sólo un retroceso histórico-jurídico en un tiempo de máxima fundamentación judicial de derechos formales a la petición de pruebas[172] –eso todavía se podría tolerar–, sino que además deja sin efecto las exigencias materiales de fundamentación probatoria de los §§ 244 III-V, 245, preparando con ello el terreno a una *apreciación anticipada* de la prueba. Las peticiones de prueba se convierten *fácticamente* en meras *sugerencias* de prueba, pues aunque el juez las debe rechazar por resolución (§§ 420 IV, 244 VI), sólo está sujeto al § 244 II, pudiendo después rechazarlas si considera innecesaria más aclaración porque ya se ha formado una convicción. Justamente en esto se basa la posible anticipación del resultado de la prueba ofrecida.[173]

Después de lo visto, un *balance* realista de las reservas desde el punto de vista del Estado de Derecho y de la supuesta función de descargo sólo puede resultar *negativo.*[174] Ya es dudoso el *real efecto de acelaración* de los §§ 417 y ss. Si se parte del típico caso de una presentación ante el juez desde el arresto provisional, el período entre el comienzo de las investigaciones y celebración de la vista de la causa alcanza hasta un mes.[175] Ello, entre otros motivos, se debe a que los AG tienen "fijadas" por semanas todas las audiencias posibles y no pueden "incluir" a corto plazo un procedimiento acelerado.[176] Ante ello la *duración promedio* del procedimiento ante el AG asciende a aprox. 4 meses;[177] duración que en causas "realmente" simples podría naturalmente ser menor. Además se deben tener en cuenta en el procedimiento acelerado los recursos normales, lo que da pie a la tesis –no comprobada empíricamen-

[171] Compár. ya nota 128.

[172] Detallad. Scheffler, nota 1994, p. 2193.

[173] Compár. la doctrina crít. en general que apunta a la limitación (fáctica) del derecho a peticionar pruebas (Scheffler, nota 1994, p. 2194; Dahs, nota 196, pp. 556 y ss.; *K/M-G,* nota 1997, antes del § 417, nm. 6; § 420, nm. 10) o a la anticipada apreciación de la prueba (Loos/Radtke, nota 128, p. 570; *Neumann,* nota 1994, p. 276).

[174] En igual sentido Loos/Radtke, nota 128, p. 11; Scheffler, nota 1994, p. 2195; Herzog, nota 141, p. 129; acaso también Fezer, nota 1994, pp. 14 y ss.

[175] Compár. *supra* bb) y Scheffler, nota 1994, p. 2195.

[176] Compár. ya *supra* nota 140.

[177] Compár. las cifras señaladas al inicio.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

te–, de que las abreviaciones legales del procedimiento dan mayor motivo a la interposición de recursos que el procedimiento normal.[178] Desde el punto de vista del Estado de Derecho, sólo es de señalar como positiva la *reducción temporal de la prisión preventiva.* Este argumento es problemático, ya que es dudoso que la orden de prisión preventiva en causas hábiles para su condena por el procedimiento abreviado sea adecuada o sustancialmente admisible. Finalmente, a las reservas desde el punto de vista del Estado de Derecho se contrapone tan sólo un *pequeño efecto de decongestión* también estadísticamente comprobable.[179] Esto se basa en que el campo práctico de aplicación del procedimiento acelerado ha retrocedido continuamente frente al procedimiento por mandato penal y al § 153a,[180] lo que por otra parte se podría explicar por la adecuación de los presupuestos de adaptación y aplicación de las consecuencias jurídicas.[181]

2. Proyectos latinoamericanos de reforma (Chile, Bolivia, Perú y Venezuela)

a) *Procedimientos abreviados*

a1) *Chile*

En el Proyecto chileno[182] se encuentra un procedimiento abreviado expresamente designado como tal (procedimiento abreviado, arts. 466-475) y un procedimiento por infracciones o faltas, que también es más abreviado que el procedimiento normal.

Este *procedimiento por faltas* (arts. 445-454) se encuentra en el Proyecto porque en Chile una gran parte de las faltas caen en la esfera penal y pueden

[178] Al problema de la dilación por recursos Dähn, nota 1992, pp. 356 y ss.

[179] Compár. *supra* bb).

[180] Compár. Loos/Radtke, nota 128, p. 13 como Dähn, nota 1992, pp. 357 y ss., a quienes les resulta visiblemente difícil destacar los vacíos de los otros procedimientos abreviados a llenar por el procedimiento acelerado.

[181] Compár. sólo el § 407 y 417 por un lado como el § 407 II (pena privativa de libertad de ejecución condicional hasta un año) y el § 419 I (pena privativa de libertad hasta un año) por el otro. En lo demás el procedimiento por mandato penal, también desde el punto de vista del legislador, es en principio prioritario (BT-Drs 12/6853, p. 35).

[182] Compár. ya nota 33.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

llevar aparejadas condenas privativas de libertad de hasta 60 días (arts. 494 y ss. en rel. con los arts. 21 y 56 del Código Penal). En esos casos debe sustanciarse un procedimiento oral simplificado con base a una presentación escrita del MinPubl. En caso de confesión del imputado, se dicta de inmediato la sentencia; si no, tiene lugar una audiencia oral abreviada.

El *procedimiento abreviado* propiamente dicho se refiere básicamente a hechos con una pena de hasta cinco años ("presidio", "reclusión menor en su grado máximo" o "cualesquiera otras penas") en base a una *petición*[183] del MinPubl (art. 467 inc. 1). El fiscal puede formular dicha petición por *escrito* a la conclusión de las investigaciones (art. 468 frase 1, alternativa 1 en relación con art. 318) u *oralmente* en la audiencia de preparación del juicio oral (art. 468 frase 1 alt. 2 en relación con arts. 330 y ss.).[184] En el último caso también es posible una modificación de la imputación acusatoria y de las consecuencias jurídicas para no exceder la competencia a la que se refiere el art. 467 inc. 1 (art. 468 frase 2). La sustanciación del procedimiento abreviado presupone el *consentimiento del acusado,* denominado indistintamente por la ley con el término acuerdo o conformidad (art. 467 inc. 2, 471 inc. 1).[185] El juez de control de la instrucción, competente para la decisión sobre la petición y sobre el fondo de la causa, debe asegurarse que el acusado ha consentido libremente, que conoce su derecho a una vista de la causa oral y también las consecuencias de su decisión (arts. 470 y 471 inc. 1). En esa audiencia deberá *aclararle,* especialmente, que con su consentimiento reconoce como ciertos los resultados de la investigación y los hechos imputados en la acusación (art. 467 inc. 2). Si se dan estos presupuestos, y un posible querellante particular no tiene objeciones,[186] el juez debe *dar lugar* a la petición (art. 471 inc. 1); de lo contrario, la *rechazará* –por resolución inapelable (art. 471 inc. 3)– y abrirá el procedimiento principal (art. 471 inc. 2).[187]

[183] El art. 467 inc. 1 alude con falta de técnica a "proponer" ("podrá proponer"), donde solamente puede pensarse en petición (*cfr.* art. 468: "solicitud").

[184] Según el art. 310 el fiscal tiene esta posibilidad ya en la audiencia de formalización de la instrucción.

[185] Sin embargo, el art. 467 inc. 2 menciona todavía la conformidad del acusado y del defensor; las prescripciones siguientes empero ya no mencionan al defensor.

[186] Conforme al art. 469 el querellante sólo puede hacer valer objeciones, si su acción privada se aparta de la acusación del MinPubl.

[187] Ello naturalmente también tiene por consecuencia que debe producirse prueba en cuanto al reproche acusatorio conforme a las reglas generales, sin otorgar a las declaraciones de las partes del procedimiento algún efecto de reconocimiento u otra importancia probatoria (compár. art. 471, inc. 2, frase 2).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En la *audiencia* el fiscal expone en primer lugar la acusación y el resultado principal de la investigación para luego conceder la palabra a las demás partes del procedimiento, cerrando la exposición las declaraciones del imputado (art. 472). En caso de condena, la pena no debe exceder de la solicitada por la acusación o la querella particular (art. 473 inc. 1). Además, la condena no debe descansar exclusivamente en los resultados de la investigación policial (art. 473 inc. 2). Las alternativas a la pena privativa de libertad previstas en la Ley N° 18.216[188] tienen aplicación (art. 473 inc. 3). Las pretensiones civiles permanecen vigentes (art. 473 inc. 4). La sentencia deberá mencionar –además de las formalidades usuales (entre otras, nombre de las partes del procedimiento, firma del juez)– las comprobaciones fácticas, la apreciación conjunta de las pruebas, la valoración jurídica, así como la parte dispositiva (art. 474). Contra la sentencia caben los *recursos* de apelación y casación, que deben ser interpuestos conjuntamente (art. 475).

a2) *Bolivia*

El procedimiento abreviado del Proyecto boliviano[189] responde a la propuesta chilena, si bien está regulado de forma incompleta (arts. 494-496).

Como ya se mencionó,[190] el *fiscal* puede *solicitar* el enjuiciamiento por el procedimiento abreviado en base a los resultados de la investigación policial (arts. 379 N° 4, 389) una vez concluida la investigación formal (art. 415 N° 2). La petición es admisible si no es de esperar una pena privativa de libertad superior a 5 años (art. 479 inc. 1) y consienten el acusado y su defensor (art. 479 inc. 2). El *consentimiento* comprende el reconocimiento del hecho consignado en la acusación y la participación del imputado en él (ibíd.). Sin embargo no existe una prescripción expresa para las posibilidades decisorias del juez. No obstante, de las disposiciones citadas del procedimiento normal y de las generales se infiere que la petición se dirige al *juez de instrucción* (art. 415 N° 2), que en el marco de la "audiencia conclusiva", entre otras, decide sobre esta petición (art. 419 N° 6), y también es competente para la decisión

[188] La Ley N° 18.216 (Diario Oficial del 14.5.1983) prevé la suspensión condicional de la pena, la detención nocturna y la liberación controlada.

[189] Compár. ya nota 41.

[190] Compár. *supra* 1.3. b.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de la causa (art. 59 N° 2). En cambio, se infiere del art. 480 inc. 3 que el juez de instrucción *rechaza* la petición –con base a una *audiencia* de las partes (art. 480 inc. 1)– cuando considera probable una pena mayor a la peticionada o estima necesario un mayor esclarecimiento de los hechos, e instruye al respecto al fiscal ("intimará", art. 480 inc. 3).[191] En este caso, ni la inicial petición del fiscal ni el consentimiento del imputado a la vista del hecho descrito en la acusación tienen efecto vinculante (ibíd.). De lo contrario, así debe deducirse del art. 480 inc. 2, el juez de instrucción *da lugar* a la petición y dicta una sentencia con base en la audiencia de las partes. Ésta se debe basar en la acusación y no debe exceder de la pena solicitada en ella. Contra la sentencia cabe –como en el procedimiento normal– el *recurso* de casación (art. 481 en relación con arts. 561 y ss.).

a3) *Perú*

Si entendemos por procedimiento abreviado cualquiera que sea más corto que el ordinario podremos identificar en el Proyecto al menos cinco modalidades:

– La sentencia de absolución anticipada (art. 291), que, sin embargo, contiene causas típicas de sobreseimiento, por lo que no debería ser llamada *sentencia.*

– La conclusión anticipada del proceso seguido contra el acusado confeso (art. 319) y, por una vía distinta, la conclusión anticipada del procesado que expresa su conformidad con los cargos, en una suerte de *plea bargaining* limitado (arts. 438 y ss.).

– El procedimiento por decreto penal de condena (arts. 429 y ss.).

– El procedimiento por colaboración eficaz (arts. 442 y ss.) que permite una audiencia inmediata para sentenciar al colaborador (art. 451 inc. 2).

– El procedimiento por faltas (arts. 459 y ss.).

Esta abundancia de modalidades abreviadas de procedimiento se explica por la lentitud con que todavía hoy se desarrollan los procedimientos judiciales en el Perú.

[191] Esta atribución instructoria del juez de instrucción existe, sin embargo, en el procedimiento francés sólo frente a la policía judicial (*cfr.* Barth, nota 46, p. 103).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

a4) *Venezuela*

El último proyecto venezolano prevé ahora también un procedimiento abreviado (arts. 373 y ss.). Éste, sin embargo, reglamenta solamente sus presupuestos (art. 373: de forma alternativa en el caso de un delito flagrante, de una pena privativa de libertad hasta cuatro años o de medidas de seguridad) sin tomar en cuenta los derechos del inculpado. En todos los casos tiene lugar inmediatamente una audiencia oral (dentro de 15 días) con base en una solicitud del fiscal, que, sin embargo, en caso de delitos leves se limita a un interrogatorio judicial (art. 375). Como el delito de flagrancia está incluido en este procedimiento, el procedimiento original de flagrancia resulta criticable desde el punto de vista del Estado de Derecho,[192] al punto de perder su importancia.

Una abreviación se logra también a través de la introducción del *guilty plea* en la audiencia preliminar durante la fase intermedia (art. 377 con 333 N° 4). La pena puede ser disminuida hasta la mitad en caso de una confesión.

El Procedimiento en las Faltas y en Ciertos Delitos (arts. 386-394) también tiene un efecto de abreviación y es –como también en Chile– una consecuencia de la incriminación de determinados hechos (Libro Tercero del CP), que en su mayor parte en el derecho alemán se han convertido en contravenciones administrativas (faltas). La abreviación frente al procedimiento normal consiste en que el juez puede inmediatamente señalar audiencia, que, en caso de una confesion, termina con una sanción (arts. 387-389); en otro caso tiene lugar una audiencia con recepción de pruebas (art. 390). El inculpado puede nombrar un defensor (art. 393). No caben recursos (art. 391).

b) *Reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho*

Si el procedimiento se condujera con relativa celeridad, como ocurre, por ejemplo, en Alemania, no existiría una necesidad tan urgente de introducir procedimientos abreviados. Como regla general se puede señalar que un procedimiento abreviado debe buscar el equilibrio entre la celeridad procesal deseada y el respeto al debido

[192] Según el art. 435 (viejo), delito in fragranti también fue el hecho "por el cual el culpable se vea perseguido por la autoridad pública, por la persona agraviada o por el clamor público". De manera inquisitiva el interrogante de la culpa apuntó, ya aclarado, al ("culpable") y al sentimiento de culpa del sospechado y de la población ("clamor público") bajo desprecio de la presunción de inocencia.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

proceso. Hay algunas *reglas mínimas* cuyo respeto es indispensable tanto para el procedimiento ordinario como para el abreviado:

– el derecho del inculpado de ser oído al menos una vez por un juez de manera oral e inmediata;

– el derecho de defensa del inculpado en particular de ser instruido debidamente sobre las consecuencias de un cierto procedimiento abreviado.

Estas reglas no se respetan en el procedimiento por *decreto penal* previsto en el Proyecto peruano (arts. 429 y ss.). En él se permite una condena hasta 4 años de pena privativa de libertad a través de un procedimiento completamente escrito. Además, este decreto penal puede convertirse en una sentencia con "autoridad de cosa juzgada" (art. 432) por falta de oposición del inculpado (art. 433) sin que el Proyecto prevea la posibilidad de concederle, vencido el plazo de oposición, un recurso de impugnación de la condena.

De otro lado, son conocidas las críticas a los procedimientos de *conclusión anticipada* basados en la conformidad del procesado, en su confesión o en el acuerdo que pueda celebrar con el fiscal (arts. 319, 438 y ss.). En estos procedimientos se renuncia a la búsqueda de la verdad material sobre los hechos admitiendo un procedimiento basado en la verdad formal introducida por el acuerdo entre las partes. Lo que es más grave, sin embargo, es que estos procedimientos pueden originar decisiones basadas en presiones indebidas sobre el procesado. Lo mismo puede ocurrir en el caso de la colaboración eficaz, que además introduce los riesgos de la falsa denuncia de personas inocentes, problema que ha sido oficialmente reconocido en el Perú desde el momento en que se estableció una Comisión de Indultos en favor de personas inocentes condenadas como consencuencia del arrepentimiento eficaz establecido en la legislación antiterrorista.

Las posibles pérdidas de garantías por la conclusión anticipada son compensadas en el Proyecto chileno y boliviano por la exigencia de *consentimiento* y la obligatoria *audiencia oral* (Chile) y por la audiencia de las partes del procedimiento (Bolivia), respectivamente. En ello acertó mejor el Proyecto chileno, ya que describe detalladamente los derechos del imputado y en especial contempla el peligro del procedimiento escrito y la manipulación probatoria con la prohibición de una exclusiva fundamentación policial.

El *consentimiento* del imputado siempre está bajo la reserva de una suficiente *comprensión* del contenido de la causa y del estado

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

del procedimiento, así como de las posibles consecuencias jurídicas que de ello se desprenden. Esto puede llevarse a cabo con una amplia *instrucción judicial*, como prevé el Proyecto chileno. Pero no excluye los casos en los que el acusado consiente por una situación de presión psíquica no directamente reconocible o ignorando las consecuencias jurídicas de su actuar. Esto puede ocurrir fácilmente si el acusado no está –o no está debidamente– defendido.[193] En este marco ha de verse en el *consentimiento (adicional) del defensor* –como propone incuestionablemente el Proyecto boliviano– un cierto seguro contra el abuso. Con ello por cierto se introduce una especie de defensa obligatoria en el procedimiento abreviado que presupone un eficiente sistema de defensa subvencionado y organizado estatalmente. Ello se echa de menos no sólo en Bolivia, Chile o Venezuela, sino también en otros Estados latinoamericanos.[194] Un procedimiento abreviado –como en lo demás también el procedimiento normal– compatible con las reglas del *"fair trial"* dependerá de la puesta a disposición de una defensa adecuada.

Naturalmente tal exigencia de consentimiento favorece acuerdos procesales entre las partes del procedimiento. Con ese alcance rige lo dicho precedentemente[195] con la diferencia de que los Proyectos chileno y boliviano adoptan estructuralmente el modelo del procedimiento angloamericano (*plea bargaining*)[196] y quieren postergar conscientemente de este modo el principio de la verdad material en favor de elementos consensuales. No se trata tanto de que sean tenidos en cuenta los acuerdos que concluyen el procedimiento, sino que constituyen el objetivo de esta modalidad de procedimiento.

La extensión de la competencia –a primera vista excesiva– en relación con las *consecuencias legales* debe ser relativizada en ambos Pro-

[193] En ello reposa el problema central de este elemento consensual desde el punto de vista de la posición del imputado, compár. en lugar de muchos: Weigend, nota 1990 a, pp. 779 y ss.

[194] Compár. por ejemplo Garita Vilchez, La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá), San José, 1991.

[195] Compár. II I. b).

[196] *Cfr.* desde el punto de vista del derecho comparado: Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, Freiburg/Br. 1990, pp. 31 y ss.; crít. íd., Strafzumessung durch die Parteien - das Verfahren des plea bargaining im amerikanischen Recht, *ZStW* 94 (1982), pp. 200-226.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

yectos ante el trasfondo de un derecho penal material que amenaza con drásticas penas privativas de libertad (y ya por eso requiere una fundamental reforma). Con la fijación de la potestad punitiva hasta 5 años se comprenden hechos que, desde el punto de vista del derecho alemán, pertenecen a la criminalidad de menor cuantía.[197]

III. PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA REFORMA EN AMÉRICA LATINA

Fuera de los problemas específicamente normativos y particulares de los Proyectos bajo comentario podemos identificar algunos problemas estructurales del proceso que son comunes a toda la reforma en América Latina.

1. Una primera observación se refiere a la *relación entre Policía y Ministerio Público.* A pesar de que el MinPubl tiene normativamente la función de controlar las actuaciones de la Polícia, sobre todo en lo que se refiere a las garantías del imputado, no es un secreto que, en la realidad, la investigación es desarrollada por entero por la Policía, que es quien, finalmente, recoge y presenta las pruebas principales del caso. En consecuencia, se viene considerando indispensable, en toda la región, mejorar los mecanismos de control sobre las actuaciones policiales más allá de la mera competencia general de dirección a cargo del MinPubl. Esto mismo intentan hacer los proyectos examinados. Sin embargo, debe notarse que el desarrollo de un modelo eficiente de control sobre las actuaciones policiales se dificulta considerablemente cuando se abre un espacio autonómo para la Policía, como una investigación preliminar en el caso peruano, y se le conceden poderes tan amplios en la

[197] Según el CP *boliviano* por ejemplo se pena la simple lesión corporal con 6 meses a 2 años de reclusión (art. 271 inc. 2); la injuria verbal, de 1 mes a 1 año de trabajos forzados (art. 287); hurto común, con 1 mes hasta 3 años de reclusión (art. 326 párr. 1). El CP *chileno* (arts. 21 y ss.) contiene un complicado sistema de diversos tipos de pena (por ejemplo, presidio, prisión, confinamiento) y para cada tipo de pena el vigente grado mínimo a máximo. Una simple lesión corporal (art. 397 N° 2), según ello, por ejemplo, es penada con "presidio menor en su grado medio", es decir, con 10 a 15 años de pena privativa de libertad; una simple injuria escrita (art. 419), con 5 a 10 años (la oral como falta, además de inmediato); un hurto simple según el monto del daño (art. 446 N° 1) con 10 a 20 años. Las faltas en todo caso pueden tener como consecuencia de 21 hasta 60 días de pena privativa de libertad.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

adopción de medidas coercitivas. Desde el punto de vista del derecho comparado, parecería que la única solución a estos problemas resulta de la creación de un MinPubl autónomo e independiente que cuenta con ciertas atribuciones para sancionar a policías que no cumplen con el mandato de los fiscales. Esto implica naturalmente que el control administrativo o disciplinario de la Policía, tradicionalmente ejercido por el Ministerio del Interior, pasa al menos parcialmente, al MinPubl. Evidentemente una solución orgánica más clara sería la creación de una Policía Judicial directamente subordinada al MinPubl.

2. Igual de compleja es la *relación entre el MinPubl/fiscal y el juez* en la fase de la investigación. La separación entre las funciones de investigación y juzgamiento es esencial para el sistema acusatorio, de modo que se debe evitar cualquier tipo de mezcla entre ambas. En este sentido el Anteproyecto chileno de 1995 ha introducido un juez de control de la investigación cuya única función es la preservación de los derechos del inculpado frente a la aplicación de medidas coercitivas. El proyecto peruano parece también adoptar esta solución (art. 56). Sin embargo, muchos proyectos no parecen tener suficiente confianza en la labor del fiscal, ya que no le conceden atribuciones suficientes para disponer el archivo del proceso (arts. 277 y s. Código peruano). A veces tampoco aclaran si el juez de control de la investigación es uno distinto al juez del procedimiento principal. A pesar de estas posibles fallas, es en definitiva preferible el modelo de un MinPubl como investigador que un juez de instrucción establecido según el modelo francés, ya que solamente así se establece una clara seperación también orgánica entre la función de investigar y de juzgar/sentenciar.

3. Tradicionalmente el comienzo del proceso inquisitivo latinamericano supone un acto formal de un órgano judicial –por ejemplo, un auto de apertura del proceso–, al que se ha vinculado siempre el inicio del período dentro del cual rige el *derecho de defensa*. Esto provoca una cierta indefensión del inculpado en la fase preliminar (policial) de la investigación. Frente a ello los proyectos de reforma remiten generalmente la vigencia del derecho de defensa a la primera medida de investigación dirigida contra una persona, sea que tal medida se dicte dentro de un proceso propiamente dicho o no. En otras palabras, se trata de desvincular el derecho de defensa al acto de inicio del proceso. Acorde con esta tendencia, todos los proyectos reconocen el derecho de defensa a partir del inicio de los actos de investigación policial preliminar.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4. Se ha reconocido tradicionalmente que la *víctima* participa en el proceso penal a través de la querella o la acusación privada, sea entendida como acusación accesoria, adhesiva o autónoma. Lo que hasta ahora no ha sido suficientemente desarollado es la posibilidad de permitir la participación de personas jurídicas u ONG's en el proceso, representando intereses colectivos en casos de bienes jurídicos colectivos. En este sentido vale la pena destacar el art. 83 del Código peruano, que permite a estos organismos constituirse en actores civiles.

5. Por lo que toca a los *principios*, debe decirse que una simple enumeración como la que propone por ejemplo, el Proyecto peruano puede resultar insuficiente, sobre todo si en el resto del texto existen varias normas que parecen inspiradas, más bien, en el sistema tradicional inquisitivo. Así, los principios del proceso acusatorio oral sufren algunas excepciones, particularmente a través de disposiciones que permiten que la audiencia se desarrolle a partir de la lectura de actas y otros documentos escritos oralizados. La amplitud de este tipo de normas provoca una verdadera "escrituralización" del procedimiento.

6. Aparte de los aspectos propiamente normativos basados en la misma propuesta legal de reforma siempre surge la pregunta más bien fundamental de cuándo se puede realmente hablar de una *verdadera reforma*. Ciertamente se requiere más que el mero texto legal, más aún si éste para en la mitad del camino abriendo muchas posibilidades de mantener o incluso consolidar el proceso tradicional escrito e inquisitivo en vez de permitir un cambio radical hacia un proceso acusatorio oral moderno y compatible con los principios del debido proceso. Es un hecho que muchas de las llamadas "reformas" hasta ahora aprobadas en América Latina quedaron cortas frente a las necesidades de un proceso moderno, por ejemplo, el Código de Guatemala de 1991 o el Código Federal de Argentina de 1993, así generando la necesidad de varias leyes especiales posteriores o, peor aún, asegurando la continuidad del viejo proceso. Una primera conclusión de esta experiencia es que se requiere una clara definición del concepto de reforma que se busca y un análisis de las consecuencias de ella.

En este sentido vale la pena preguntarse cuáles son los actores principales de la reforma. Existen varias experiencias, por ejemplo, el Poder Judicial puede ser el motor de la reforma (caso de Costa Rica) o el Poder Legislativo (la Comisión Legislativa del Congreso en el caso de Venezuela) o la sociedad civil (en el caso chileno, con una amplia alianza de diferentes grupos de la sociedad civil).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Además, ayuda reflexionar qué implica la implementación de la reforma en términos de la formación y capacitación de los operadores (jueces, fiscales, abogados), de su integración en el nuevo sistema, de la instalación física (tribunales), etc. Esto implica un trabajo interdisciplinario que no solamente consiste en la formulación de programas de capacitación, etc., sino también en un cálculo aproximado del costo de la reforma. La opinión generalizada ciertamente es que, al largo plazo, el nuevo sistema trabajará mas económico que el viejo, pero al comienzo requiere ciertamente mayores inversiones. Argumentos presupuestales en contra de la reforma, en todo caso, solamente pueden ser formulados si se han hecho algunos cálculos tomando en cuenta las necesidades que implica la implementación de la reforma.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES *DE LEGE FERENDA* CON RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

Los procedimientos abreviados provocan numerosos problemas en el Estado de Derecho. Por ello, vale la pena repetir la regla general de buscar un equilibrio entre la celeridad procesal deseada y el respeto al debido proceso, con la consecuencia de dos *reglas mínimas*:

– el derecho del inculpado de ser oído al menos una vez por un juez de manera oral e inmediata;

– el derecho de defensa del inculpado, en particular de ser instruido debidamente sobre las consecuencias de un cierto procedimiento abreviado.

La cuestión central es cómo se pueden equilibrar las *pérdidas de garantías* asociadas aparente y necesariamente a dichos procedimientos. Éstos, en todo caso, se pueden justificar sólo parcialmente en la generalizada y comprobada necesidad de dichos procedimientos para la superación práctica de la criminalidad común.[198] Como ya se expuso anteriormente, esta tesis basada en la función "descargante" de los procedimientos abreviados tampoco es siempre verificable; en lo

[198] Así, por ejemplo, para el procedimiento por mandato penal: Roxin, nota 1995, p. 469 (en contra Gössel, nota 76, antes del § 407, nm. 12); también Fischer, nota 86, antes del § 407, nm. 3.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

que se refiere al procedimiento abreviado de la OPP habrá que cuestionarla.[199] En lo demás corresponde adherirse a *Eser*, cuando afirma "que la economía procesal tiene sus límites allí donde comienzan los intereses legítimos de los afectados".[200]

Aplicado al *procedimiento por decreto penal*, surgen de dicho límite de *lege ferenda* las siguientes necesarias limitaciones propias del Estado de Derecho:

– limitación de las posibles consecuencias legales a penas *no privativas de libertad*, es decir, la derogación del § 407 II 2 OPP;[201-202]

– posibilidad de una *previa audiencia judicial* a petición del imputado como solución más flexible frente al hoy practicado "todo" (objeción, vista de la causa, sentencia) o "nada" (sustanciación exclusivamente escrita por intermedio de mandato penal firme);

– fijación legislativa del "*convencimiento de la culpa*" como presupuesto para el libramiento de un mandato penal, como complemento del § 408 III I por la frase "en especial cuando está convencido de la culpa del imputado";[203]

– concretización del *§ 408a I* ante la incomparecencia o ausencia del acusado, o enunciación de diversos motivos en el sentido del N° 175 RiStBV;

– ampliación del *plazo de objeción* a cuatro semanas (§ 410);

– introducción de una limitada "*reformatio in peius*" en § 411 IV en relación con los hechos comprobados en la causa,[204] para evitar un desistimiento de la interposición de la objeción por temor a "peores" consecuencias legales.

Con respecto al *procedimiento acelerado*, se plantea en general la cuestión de si debe ser mantenido en vista de su *menor* importancia y a los *serios* reparos que se señalan desde el punto de vista del Estado de Derecho.[205] Si se afirma esto, son necesarias desde este punto de vista *por lo menos* las siguientes modificaciones:

[199] Compár. *supra* II. 1. b) cc).

[200] Eser, nota 108, p. 669.

[201] Todos los §§ siguientes sin indicación en esta sección son de la OPP.

[202] Igual Fezer, nota 1994, p. 58.

[203] Podría imaginarse la siguiente redacción para el § 408 III 1: "El juez debe dar lugar a la petición de la fiscalía, cuando esté *convencido de la culpa del imputado* y cuando para el dictado del mandato penal *en general* no se opongan reservas".

[204] Compár. ya nota 111.

[205] Por su supresión: Scheffler, nota 1994, p. 2195; Herzog, nota 141, p. 129.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

– Para la *consideración de aspectos de prevención especial* es necesario el siguiente complemento (segunda frase): "La causa *generalmente* no se adecua a una sustanciación inmediata si la exacta investigación de aspectos preventivos especiales resulta no ya posible, sino necesaria".

– Ajuste de los *presupuestos de aptitud* (§ 417) a la *designación de defensor* (§ 418 IV), mediante (nuevo) complemento al § 417 frase 2: "lo mismo rige, si debe designarse un defensor conforme al § 418 IV". Además no debiera prescindirse de la designación de defensor en casos de condena privativa de libertad de por lo menos 6 meses –a pesar de la oposición al § 140–, ya que la defensa en el procedimiento acelerado es más importante que en el procedimiento normal.

– Ajuste de los *presupuestos de aptitud* (§ 417) para la competencia a las *consecuencias legales* (§ 419 I), mediante la sustitución del § 419 I frase 2 por la siguiente: "Una pena privativa de libertad solamente puede imponerse cuando resulta posible el esclarecimiento de los hechos para la adecuación de la pena".

– Establecer criterios claros para concluir que la petición fiscal tiene como presupuesto *suficiente sospecha* de delito (§ 170 I); esta última a más tardar debe ser verificada por el juez a la presentación de la petición (§ 203). A continuación corresponde la siguiente media frase: "si ...aparece como suficientemente sospechoso" (§ 419 III 1) en § 419 I 1, el que conforme a ello debe decir: "El juez penal [...] corresponder, si el *imputado aparece como suficientemente sospechoso de un delito* (§ 203) y la causa [...] adapta".

– Introducción de una *exigencia general de consentimiento* del imputado y aseguramiento de una suficiente preparación de la *defensa*, mediante la complementación y modificación del § 418 II como sigue: "(tras la frase 1) en este caso debe darse al imputado un *plazo* de por lo menos cuatro y como máximo[206] seis días para la suficiente preparación de su defensa.[207] El plazo comienza con el conocimiento de la imputación del hecho. En otro caso debe notificarse al imputado. Con la notificación debe comunicársele la imputación del hecho. El *plazo de notación* es de por lo menos cuatro y como máximo seis días. El imputado debe *consentir* expresamente esta modalidad del procedimiento, en especial los plazos. Si rechaza esta modalidad del procedimiento, la causa debe devolverse al fiscal para que éste pueda formular acusación o dictar una resolución que concluya el procedimiento de investigación".

[206] Con plazos máximos se contemplan aspectos de la aceleración.
[207] Compár. Fezer, nota 1994, p. 39.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

– Aseguramiento del *derecho de consentir* del § 420 III, agregando la siguiente frase 2: "El tribunal debe indicarle expresamente al imputado esa posibilidad e instruirle ampliamente sobre las consecuencias de su consentimiento".

– El § 420 IV de la OPP debe ser *suprimido* sin sustitución.

Naturalmente debe quedar claro que el proceso acelerado pierde su carácter con el requisito del acuerdo y se convierte estructuralmente en un procedimiento *consensual*. Sin embargo, las objeciones manifestadas en particular contra el acuerdo parecen ser más tolerables desde el punto de vista del Estado de Derecho que el sometimiento *ex ante* del imputado a un procedimiento abreviado.

Más allá de ello debe cuestionarse si el procedimiento acelerado no debiera limitarse en general a los casos de delito "in fraganti". En favor de ello se argumenta como única ventaja desde el punto de vista del Estado de Derecho la abreviación de la prisión preventiva.[208] Además parece que estos supuestos se basan en un contenido fáctico más sencillo.

Contra los Proyectos de *Chile* y *Bolivia* apenas existen reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho. Más bien provocan un interrogante inverso en cuanto plantean la cuestión de si se puede alcanzar un *verdadero efecto de aceleración o desgravación* teniendo en cuenta las audiencias particularmente extensas de las partes del procedimiento a los fines de consenso y del mantenimiento de una audiencia oral o del imputado. El material empíricamente disponible en la República Federal más bien lleva a la conclusión de que tal efecto puede ser asegurado solamente por cesación en el procedimiento de investigación en base a una amplia aplicación del principio de oportunidad (inclusive de nuevas formas de solución de conflicto) o por un procedimiento sustancialmente escrito, como el procedimiento por mandato penal. Por cierto que un procedimiento escrito abreviado no está contemplado por buenas razones en los Proyectos sudamericanos (aparte del peruano). La tradición

[208] Similar Loos/Radtke, nota 128, p. 13.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

inquisitiva de la forma escrita –en gran parte vigente– en las leyes de procedimientos del Continente, plantea la necesidad de una *ruptura radical con la escrituralidad* para prevenir el peligro de su reconstrucción y posible extensión al procedimiento normal.

BIBLIOGRAFÍA

Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung (AK), editado por Wassermann, Rudolf. Tomo 3, Neuwied, 1996.

Ambos, Kai, "Rechtsberatung in Lateinamerika als Aufgabe der Strafrechtswissenschaft", *ZStW*, 108 (1996), pp. 445-456, 446 y ss.

——— Vorläufige Festnahme in Kolumbien, Bolivien und Peru, unter besonderer Berücksichtigung der Terrorismus- und Drogengesetzgebung, en Dünkel/Vagg (edit.), *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, Friburgo 1994 pp. 375-410; en español (La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia, con especial consideración de la legislación en materia de terrorismo y drogas): Boletín de la CAJ, N° 39, Dic. 1993, Lima, pp. 21 y ss.; *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 90, 1993, Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 261 y ss.; *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, 1994, Madrid, pp. 187 y ss.

Barth, Holger, Landesbericht Frankreich, en Perron (ed.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, pp. 90-148.

Baumann, Jürgen *et al.*, *Alternativentwurf (AE) Wiedergutmachung*, Munich, 1992.

Baumann, Jürgen, "Grabgesang für das Legalitätsprinzip", *ZRP*, 1972, pp. 273-275.

Bertram, Günter, "Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (Strafrecht)", 1995, *ZRP*, 1996, pp. 46-48.

Carranza/Houed/Vega/Mora/Zaffaroni, Eugenio Raúl, El preso sin condena en América Latina y el Caribe, San José, 1988.

Comisión Andina de Juristas (CAJ), Región Andina, 1995, Lima, 1996.

——— Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?, Lima, 1997.

Congreso de la República de Venezuela - Comisión Legislativa, Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal, Caracas, versión del 10.9.1997 (archivo del autor).

Dähn, Gerd, *Möglichkeiten einer verstärkten Anwendung des beschleunigten Verfahrens bei Bagatelldelikten*, Festschrift für J. Baumann, 1992, pp. 349-360.

Dahs, Hans, "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 - ein Produkt des Superwahljahres", *NJW*, 1995, pp. 553-557.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Davis/Lillo (eds.), La implementación de la reforma procesal penal, Santiago, 1996.

Dessecker, Axel/Geissler-Frank, Isolde, Empirische Forschungsarbeiten zum Strafverfahren und Strafverfahrensrecht, Friburgo, 1995.

Elbert, Carlos Alberto, Ley Judicial Juvenil Anotada de la República Federal de Alemania, Buenos Aires, 1982.

Eser, Albin, "Das rechtliche Gehör im Strafbefehls - und Strafverfügungsverfahren", *JZ* 1966, pp. 660-669.

——— "Gesellschaftsgerichte in der DDR", en Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª edic. 1993, pp. 164-171.

——— "Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa", *ZStW*, 108 (1996), pp. 86-127.

Eser, Albin/Walther, Susanne (eds.), *Wiedergutmachung im Kriminalrecht: Internationale Perspektiven*, Freiburg, 1996 (tomo 1), 1997 (tomo 2).

Fezer, Gerhard, "Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß", *ZStW*, 106 (1994), pp. 1-59

Garita Vilchez, Ana Isabel, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno* (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá), San José, 1991.

Gómez Colomer, Juan-Luis, *El proceso penal alemán, Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985.

——— "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", *Revista Peruana de Ciencias Penales* 5 (1995/7), pp. 1005 y ss. (= Ciencias Penales 13, 1997, Costa Rica, 36 y ss.).

Gössel, Karl Heinz, "Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung zu beschleunigen?", en *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages* (DJT), Münster, 1994, tomo I, Gutachten, München, 1994, pp. C 1 bis C 94.

Gropengiesser, Helmut, "Die neue argentinische Bundesstrafprozeßordnung (Código Procesal Penal de la Nación)", *ZStW*, 105 (1993), pp. 169-203; en español, en *Nuevo Foro Penal* (Medellín), N° 58 (oct.-dic. 1992), pp. 473-500.

Guerrero Peralta, *Óscar Julián, Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Bogotá, 1998.

Hamm, Rainer, "Was wird aus der Hauptverhandlung nach Inkrafttreten des Verbrechensbekämpfungsgesetzes?", *Strafverteidiger* (StV) 1994, pp. 456-459.

Hausel, Uwe, "Ungenutztes Beschleunigungspotential des Straf(-befehls-)verfahrens?", *ZRP*, 1994, pp. 94-96.

Hein, Susanne, "Landesbericht Italien", en Perron, *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, pp. 149-193.

Herzog, Felix, Wider den "kurzen Prozeß", *ZRP*, 1991, pp. 125-129.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Hirsch, Hans Joachim, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland", *ZStW*, 92 (1980), pp. 218-254.

Karlsruher Kommentar zu Strafprozeßordnung (KK), editado por Pfeiffer, Gerd, 3ª edic. München, 1993.

Kilchling, Michael, "Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht", *NStZ*, 1996, pp. 309-317.

Kintzi, Heinrich, "Möglichkeiten zur Vereinfachung und Beschleunigung von Strafverfahren de lege ferenda", *DRiZ*, 1994, pp. 325-335.

Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz (K/M-G), Strafprozeßordnung, 43ª edic., München, 1997.

Kramer, Bernhard, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*, Stuttgart y otros, 2ª ed., 1994.

Leibinger, Rudolf, "Rechtsvergleichende Zusammenfassung", in Jescheck/Leibinger (ed.), *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1979, pp. 692 y ss.

Loewe/Rosenberg (L/R), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*, editado por Rieß, Peter, 6 tomos, 24 edic. Berlin/New York, 1989.

Llobet Rodríguez, Javier, Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft, Friburgo, 1995.

Loos, Fritz/Radtke, Henning, "Das beschleunigte Verfahren (§§ 417-420 StPO) nach dem Verbrechensbekämpfungsgesetz", *NStZ*, 1995, pp. 596-574 y *NStZ*, 1996, pp. 1-14.

Maier, Julio B. J., Dictamen acerca del Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela, Buenos Aires, 11.6.1996 (archivo del autor).

——— La Ordenanza Procesal Penal Alemana, Buenos Aires, 1982.

Meyer-Goßner, Lutz, "Strafverfolgung und Gerechtigkeit-ist der Strafprozeß noch zu retten?", *DRiZ*, 1996, pp. 180-184.

Meyer-Goßner, Lutz/Ströber, Hubert, "Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen", *StV*, 1997, pp. 212-215.

Müller, Klaus J., Das Strafbefehlsverfahren, Frankfurt/M, 1993.

Neumann, Ulfried, "Zum Entwurf eines Verbrechensbekämpfungsgesetzes", *StV*, 1994, pp. 273-276.

Nowak, Manfred, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, Estrasburgo, 1989.

Nowakowski, Friedrich, "Die Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich", *ZStW*, 92 (1980), pp. 255-294.

Perron, Walter (1995a), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, Friburgo/Br., 1995.

——— (1995b), Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, Berlín, 1995.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Perron, Walter, "Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bewertung", en Perron (ed.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*, Friburgo/Br., 1995, pp. 549-608.

República de Bolivia-Ministerio de Justicia, Ante-Proyecto del Código de Procedimiento Penal, La Paz, 1995 (archivo del autor).

——— Proyecto de Código de Procedimiento Penal, La Paz, 1997.

Rieß, Peter, "Zweifelsfragen zum neuen Strafbefehlsverfahren", *JR*, 1988, pp. 133-136.

Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 24ª ed., 1995.

Schaal, Hans-Jürgen, "Hinreichender Tatverdacht oder richterliche Überzeugungsbildung für den Strafbefehl?", en *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlín, 1990, pp. 427-444.

Scheffler, Uwe, "Kurzer Prozeß mit rechtstaatlichen Grundsätzen?", *NJW*, 1994, pp. 2191-2195.

Schellenberg, Frank, "Zur Verhängung von Freiheitsstrafen im Strafbefehlsweg", *NStZ*, 1994, pp. 570-572.

Schöch, Heinz, "Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?", en *Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentags*, Hannover, 1992, tomo I, Gutachten, Munich, 1992, C 1-C 138.

Späth, Frank Martin, "Die Beschleunigung des Strafverfahrens", *DRiZ*, 1995, pp. 220-224.

Sprenger, Wolfgang, "Fördert die Neuregelung des beschleunigten Verfahrens seine breitere Anwendung?", *NStZ*, 1997, pp. 574-576.

Statische Bundesant, Staatsanwaltschaften 1993, Wiesbaden, 1995.

——— Staatsanwaltschaften 1994, Wiesbaden, 1996.

——— Staatsanwaltschaften 1995, Wiesbaden, 1996.

——— Justizstatistik 1993, Wiesbaden, 1996.

——— Justizstatistik 1994, Wiesbaden, 1996.

——— Strafgerichte (Arbeitsunterlage), Wiesbaden, 1996 (ver también Internet: http://www. Statistik-bund.de).

——— Strafgerichte 1994, Wiesbaden, 1996.

——— Strafgerichte 1995, Wiesbaden, 1996.

Steinert, Erika, "Alternativen zum Strafrecht", en Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (eds.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª edic., 1993, pp. 9-14.

Stintzing, Heike/Heckert, Bernd, Abschreckung durch Hauptverhandlungshaft? - Der neue Haftgrund des "vermuteten Ungehorsams", *NStZ*, 1997, pp. 569-573.

Struensee, Eberhard/Ambos, Kai (en colaboración con Binder/Riego/Vargas/Görtz-Leible), Primer Comentario al Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal (versión del 25/3/1996), Eschborn (GTZ/KAS), junio 1996.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Vargas/Correa, Diagnóstico del sistema judicial chileno, Santiago (Centro de Desarrollo Jurídico Judicial/Corporación de Promoción Universitaria), 1995.

Volk, Klaus, Kronzeugen "praeter legem", *NJW*, 1996, pp. 879-883.

——— "Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr", *GA*, 1976, pp. 161-181.

Wächtler, Hartmut, "Der autoritäre Strafprozeß - das beschleunigte Verfahren neuer Art. im Entwurf eines sog. Kriminalitätsbekämpfungsgesetzes von CDU/CSU und FDP", *StV*, 1994, pp. 159-161.

Weigend, Thomas, "Strafzumessung durch die Parteien - das Verfahren des plea bargaining im amerikanischen Recht", *ZStW*, 94 (1982), pp. 200-226.

——— (1990a), "Abgesprochene Gerechtigkeit", *JZ*, 1990, pp. 774-782.

——— (1990b), "Absprachen in ausländischen Strafverfahren", Freiburg/Br., 1990.

Witthaus, Rodolfo E., Poder Judicial Alemán, Buenos Aires, 1994.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ESTATUS, FUNCIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL FISCAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO COMPARADO *

CUESTIONES PRELIMINARES

Con este trabajo se pretende ofrecer una visión comparada del estatus, función y responsabilidad del Fiscal (General) a partir de los informes nacionales (33) que fueron elaborados para la jornada internacional sobre "La independencia y responsabilidad del Fiscal de un Tribunal Penal Internacional Permanente".[1] En aras del logro de una exposición sistemática, el trabajo distingue entre tres principales modelos de proceso penal, si bien se reconoce que no todos los modelos nacionales se encuentran claramente en una u otra categoría de las señaladas, y así, para poder comparar entre unos y otros, se ha realizado la siguiente clasificación (países por orden alfabético):

– *Common Law* (este grupo incluye los países del Common Law y otros países con procedimiento contradictorio –adversarial procedure–): Canadá, Inglaterra y Gales, Israel, Japón/Corea del Sur,[2]

* Originalmente publicado en Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court. Le Procureur d'une Cour pénale internationale permanente. El Fiscal de una Corte Penal Internacional Permanente. International workshop in cooperation with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR). Freiburg im Breisgau (Max Planck Institut), mayo 1998, Freiburg i. Br. 2000, pp. 567-600. Traducción de *Fernando del Cacho.*

[1] Véase Kai Ambos, The role of the prosecutor of an ICC from a comparative perspective. The Review (International Commission of Jurists) 58-59 (december 1997), en pp. 45-56 se examinan los artículos 23, 26 y 27 del Anteproyecto del ILC de 1994 desde una perspectiva comparada.

[2] El tradicional modelo inquisitorio japonés ha sido convertido tras la Segunda Guerra Mundial en un procedimiento contradictorio mejorado. El modelo japonés ha sido adoptado en Corea del Sur.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Mauricio, Nigeria, Pakistán, Singapur, Sudáfrica y Estados Unidos de América.[3]

– *Civil Law* (este grupo incluye aquellos países cuyo procedimiento parte históricamente del modelo inquisitivo y está basado en el *Code d'Instruction Criminelle de 1808* francés), distinguiéndose entre

- países con Juez de Instrucción *(juge d'instruction)* basado en el *modelo francés*: Bélgica, Egipto, España, Francia, Holanda, Mali, Ruanda y Senegal.[4]
- países con modelo *acusatorio (prosecutorial)*:[5] Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Colombia, Costa Rica, la República Checa, Chile, Finlandia,[6] Georgia, Hungría, Italia y Rusia.[7]

– *Sui Generis*: República Popular de China.[8]

Pregunta:

1. *¿Quién es el máximo representante de la acusación (chief prosecutor) (un juez, un miembro del Gobierno, un funcionario público, un cargo*

[3] Véanse los informes de Patrick Healy, Andrew Sanders, Kenneth Mann, Koji Tabuchi, Yang-Kyun Shin/Hungyu Lee, Eddy Balancy, A.O. Adekunle, S.M. Zafar, Sowaran Singh, Jan de Olivera, John Michelich y Donald C. Smaltz (sobre el Fiscal independiente) en el libro citado en la primera nota.

[4] Véanse los informes de Benoît Dejemeppe, Jean Cédras, Adel Omar Sherif, Modibo Konate, Nico Keijzer, Simeon Rwagasore, Cheikh Faye y Juan-Luis Gómez Colomer en el libro citado en la primera nota.

[5] Aunque en algunos de estos países (por ejemplo Austria y Argentina) sí hay Juez de Instrucción, deben ser clasificados como modelos acusatorios, en cuanto que el mencionado juez sólo controla los resultados de la investigación llevada a cabo por el Fiscal y la policía, esto es, se trata más bien de un juez de control (en el Proyecto de Chile se le denomina *juez de control de la instrucción*).

[6] El modelo finlandés es bastante peculiar: históricamente vuelve al procedimiento tradicional ruso, pero actualmente tiene algunos elementos del contradictorio.

[7] Véanse los informes de Otto Triffterer, Gustavo Bruzzone, Ana Sofía Schmidt de Oliveira, Claudio Uribe Díaz, Eduardo Montealegre Lynett, Daniel González Álvarez, Miroslav Růžička, Dan Frände, Alexandre Shushanashvili/Georgi Glonti, Peter Morré, Giulio Illuminati, Kálmán Györgyi y Ludmila Obidina en el libro citado en la primera nota. En Rusia es de observar, sin embargo, que la introducción del jurado en 1993 implica una reforma del Código de Procedimiento Penal que aumenta la tendencia hacia el contradictorio.

[8] Véanse el informe de Feng Ye en el libro citado en la primera nota; con más información de Thomas Richter.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

independiente, etc.) y de qué órganos depende (ejecutivos, judiciales)? ¿Cómo se elige? ¿Cómo puede ser removido de su cargo?

La dificultad de responder a esta pregunta estriba en que el concepto de "chief prosecutor" no encuentra traducción precisa en todos los modelos.

a) *Modelos del Common Law*

Según algunos informes, el máximo responsable de la acusación es generalmente el Fiscal General (Attorney-General) (USA, Canadá, Israel, Singapur; menos claro Nigeria, véase más abajo). Sin embargo, pocas veces interviene en la acusación, al ser normalmente miembro del Gobierno y encontrarse a cargo del Ministerio de Justicia.

En Canadá se trata también de un miembro electo del Parlamento. En Sudáfrica hay todavía 11 Fiscales Generales (para cada Provincia), quienes –desde la Ley del Attorney-General de 1992– son cargos independientes; lo mismo es de aplicación a los asistentes profesionales respecto a sus tareas de acusación y persecución delictiva. Sin embargo, la nueva Constitución intenta adoptar el modelo británico convirtiendo a los Fiscales Generales en Directores de la acusación pública. En Pakistán, aunque el concepto de *chief prosecutor* es desconocido, la acusación de delitos federales está en manos del Fiscal General y sus fiscales; se trata de "siervos del Gobierno". El ambivalente estatus del Fiscal General entre el Ejecutivo y el Judicial se encuentra mejor descrito en el informe de Israel, en el que se señala expresamente su consideración de "cuasi cargo judicial" (lo mismo es de aplicación al Fiscal General en Japón y en Corea).

Otros informes (Inglaterra y Gales, Mauricio) muestran que el *chief prosecutor* es el Director de las Acusaciones Públicas (Director of Public Prosecutions - DPP), cargo independiente y empleado público (que puede ser *solicitor or barrister*). De acuerdo con el modelo británico, el DPP es cabeza del Crown Prosecution Service (CPS), y asimismo nombrado por el Fiscal General *(Attorney-General)* y responsable ante el mismo.[9] De este modo, modelos con un CPS y un DPP tienen también un Fiscal General (sólo *barrister*)

[9] Recientemente se ha puesto de manifiesto que el DPP británico dejará de funcionar tan pronto como se le nombre un sucesor. La "Dame" Barbara Mills se retira, porque se ha criticado el hecho de que en 1993 se reorganizara el CPS, entendiendo que fue "un error" por estar la organización "demasiado centralizada y burocratizada" (*Guardian Weekly*, 7.6.1998-4).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

como funcionario administrativo superior; se trata siempre de un miembro del Gobierno.

Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, el concepto de *"chief prosecutor"* está lejos de ser claro. Esto es más evidente en el informe de Nigeria, en cuanto identifica *"chief prosecutor"* con Fiscal General, a pesar de que actualmente la acusación descanse, como en el modelo británico, en manos de un DPP. En Pakistán el concepto de *"chief prosecutor"* ni siquiera existe.

Dependiendo de la estructura administrativa del Estado en cuestión, el Fiscal General *(Attorney-General)* puede tener limitada su competencia a nivel nacional. Así ocurre en modelos federales (como US y Canadá, pero también en Pakistán y Nigeria), donde la jurisdicción federal se limita a los delitos federales (aprobado por el Parlamento nacional) y el Estado en cuestión o la jurisdicción provincial entiende de los delitos comunes cometidos a nivel provincial. En Sudáfrica hay 11 *Attorneys-General* por cada división provincial del Tribunal Supremo *(High Court)*, y sin embargo no existe *Attorney-General* a nivel nacional. El CPS británico está organizado también a nivel regional y local.

Además de sus funciones de acusación, el *Attorney-General* es consejero-jefe del Gobierno y puede representarlo en procesos a nivel internacional, por ejemplo, en casos de extradición (véase entre otros Canadá, Israel y Mauricio).

No debe olvidarse que se trata también de una institución jerárquicamente organizada. En el caso de US, el *Attorney-General* es asistido por *Deputy Attorneys-General* (suplentes) y los 94 US *Attorneys* de los distritos, quienes dirigen el trabajo de los *Assistant Attorneys* (asistentes). En la mayoría de los estados de US los fiscales son elegidos entre funcionarios y son independientes del *State Attorney-General*, que normalmente también es funcionario.

El modelo US prevé además un "consejo independiente" específico con competencia limitada para investigar denuncias de comportamientos delictivos de altos funcionarios.

El *Attorney-General* es *nombrado* por el Jefe del Ejecutivo, es decir, por el Presidente o Primer Ministro (USA, Canadá, Inglaterra y Gales, Mauricio, Nigeria, Pakistán, Singapur, Japón y Corea) o por el Gabinete en pleno (Israel). Se afirma sin embargo que esto no afecta a su independencia al no podérsele indicar cómo proceder, pero lo cierto es que empezando con el nombramiento y –en la mayoría de los casos– acabando con la remoción, puede verse cierta

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

influencia del Ejecutivo sobre la institución. Aunque no debe haber mecanismos formales de remoción (Canadá), ésta puede provocarse a iniciativa del Primer Ministro o del Presidente.

En Nigeria, este poder presidencial se encuentra previsto explícitamente en la ley. En Pakistán, el "Fiscal normalmente depende del Ejecutivo". En Israel puede ser removido de su cargo por el Gobierno y en Singapur por el Presidente (con el consejo del Primer Ministro).

Como ya se ha mencionado, el DPP de Inglaterra y Gales es nombrado por el *Attorney-General* y es responsable ante el mismo. Puede ser removido de su cargo como cualquier otro empleado superior no público *(senior civil servant)*, es decir, mediante previo aviso de acuerdo con su contrato de trabajo. En Canadá su remoción sólo es posible en casos excepcionales: por incapacidad mental o física para cumplir las funciones de su cargo. El Parlamento (o un Tribunal) debe tomar parte en este procedimiento.

En Sudáfrica los (11) *Attorneys-General* provinciales son nombrados también por el Presidente.[10] Hasta 1992 eran responsables ante el Ministro de Justicia *nacional* (llamado "régimen de control"). La ley del *Attorney-General* (1992) les hizo directamente responsables ante el Parlamento (exceptuando a los 4 *"Homeland" Attorneys-General*). Así, la función actual del Ministro de Justicia es la de coordinador de las actividades del *Attorney-General*. La remoción de su cargo sólo puede realizarse dirigiéndose a las dos Cámaras del Parlamento *(impeachment)*.

De modo semejante, en Japón y Corea, el Fiscal General es nombrado por el Ejecutivo y puede ser removido de su cargo después de un procedimiento especial de *impeachment* por motivos disciplinarios. Es evidente que el nombramiento por el Ejecuttivo contradice ese presumible estatus de cargo cuasijudicial.

El *consejo independiente* de la US es nombrado por tres jueces de la Corte de Apelación de US para el Distrito de Columbia Circuit (normalmente referido a una *"Special Division"*) en base a una solicitud del *Attorney-General*. Tal solicitud se realiza si el *Attorney-General* considera que en un caso determinado "hay motivos razonables para creer que debe continuarse con la investigación". La *Special Division* determina la competencia del consejo independiente. La remoción del cargo sólo es posible en caso de condena o acusación delictiva, o a iniciativa del *Attorney-General* cuando existen causas justificadas, por discapacidad psíquica, etc. Su cargo finaliza cuando se ha completado la investigación.

b) *Ley Civil (modelo francés)*

Como *chief prosecutor* se debe considerar al *Procureur Général or Procureur du Roi* (Francia, Bélgica) o al *Fiscal General del Estado* (Espa-

[10] En base a una pequeña lista elaborada por el Ministro de Justicia o a partir de solicitudes de dentro y fuera del sector público.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ña), en cuanto su función se concreta en la investigación y acusación de los delitos. En Francia hay 22 *Procureurs Généraux* y alrededor de 175 Fiscales de la República. En Bélgica hay cinco *Procureurs Généraux*. En Holanda hay un Consejo asistido por cinco *Attorneys-General*. En los Estados de África –más centralizado en comparación– hay normalmente un Fiscal General ante la Corte Suprema.

El Ministro de Justicia, como el *Attorney-General* en *algunos* (¡no en todos!) países del *Common Law* (por ejemplo en US), es responsable políticamente de la acusación, pero no la lleva a cabo por sí mismo.

Los *Procureurs* normalmente pertenecen a la organización judicial y por tanto tienen una independencia similar a la de los jueces. Sin embargo, su posición difiere en algo respecto a la de aquellos jueces que no son elegidos de por vida (por ejemplo en Holanda). En España el Fiscal es *funcionario público especial*.

El Fiscal General depende del Ejecutivo y es responsable ante el mismo (Ministro de Justicia). El *Belgian Crown Prosecutor* está subordinado a los Fiscales Generales, como ocurre con los fiscales franceses de la República. Lo mismo es de aplicación en Ruanda y Mali, si se tiene en cuenta la relación existente entre el Fiscal General y el Fiscal de la República.

El Fiscal General, que es *nombrado* por el Ejecutivo (Presidente y Gobierno o Ministro de Justicia), es, en principio, irremovible. Sin embargo, puede ser removido de su cargo por motivos disciplinarios o bien, en determinados supuestos, suspendido del mismo por el Gobierno (Ministro de Justicia). En Egipto, puede ser removido por motivos disciplinarios por el Consejo Disciplinario de Jueces, reforzándose su decisión por medio de un decreto presidencial (sic). Por otro lado, en los países de África que han sido estudiados parece también posible por otras razones.

En Francia se prevé una reforma por la que se refuerza el papel del *Conseil Supérieur de la Magistrature* en este proceso. En el futuro su consejo vinculará al gobierno o al ministro.

c) *Civil Law (modelo acusatorio)*

El chief prosecutor es el *Prosecutor General of the Nation* (Fiscal o Procurador General de la Nación). Sólo se da en Estados centralizados como los de Latinoamérica, en los antiguos países socialistas de Hungría, República Checa, Georgia y Rusia o en pequeños Estados como Finlandia. En otros Estados federales hay (también) fis-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cales estatales a nivel regional *(Generalstaatsanwälte*, el *Procuratore Generale)*, quienes son elegidos por el más alto Tribunal Estatal o regional *(Superior Court of Appeals)* y dirigen la oficina regional del Fiscal. En estos Estados puede existir un Fiscal General nacional *(Generalbundesanwalt; Procuratore Generale)*, pero no controla a los fiscales estatales y –en algunos casos– no siempre tiene funciones investigadoras y acusadoras. Esto último nos recuerda al tradicional *Procureur Général* de Francia, quien –como parte del *Ministère Public*– representa en general el interés económico del Estado y la observancia de la ley (Italia, Colombia).[11]

Generalmente los fiscales tienen la misma carrera que los jueces y son empleados civiles/públicos (Austria, Alemania, Brasil, Finlandia) o cuasifuncionarios judiciales (Italia, Colombia, Costa Rica) o una mezcla de ambos (*funcionario público independiente* - Argentina, Chile, de acuerdo con el proyecto de reforma). En los antiguos países socialistas el Fiscal General o bien es un cargo independiente (Hungría, Georgia, Rusia) o un empleado público relacionado con el Ejecutivo (República Checa). La clasificación final no es clara algunas veces y parece demasiado formal, pues no resulta posible hablar de una completa independencia.

La *independencia* está relacionada con el estatus del Fiscal. Si es un empleado civil, dependerá del Ejecutivo (normalmente del Ministro de Justicia). Es nombrado por el Ejecutivo de por vida y sólo puede ser removido –a través de un procedimiento muy formal– por motivos disciplinarios.

En Austria y Alemania los fiscales se consideran "funcionarios políticos" al tener que seguir los objetivos y directrices de la política gubernamental.

Si se trata de un empleado público independiente (Argentina, Brasil, Chile, Finlandia, Hungría, Georgia y Rusia), normalmente es nombrado por el Presidente con participación del Senado y del Tribunal Supremo, o por el Legislativo con la recomendación del Presidente (Hungría, Georgia y Rusia). El proceso de remoción es similar (por ejemplo en Hungría y Georgia, donde existe también recomendación del Presidente en una especie de proceso de acusación basado en determinados motivos legalmente previstos).[12] En

[11] *Cf. Merle/Vitu*, Traité de Droit Criminel. Procédure Pénale, 44 ed. 1987, pp. 232-233; véase asimismo Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 1994, pp. 63-65; véase asimismo p. 66 (sobre el "Fiskalat" alemán).

[12] En caso de incompatibilidad con otra función; por condena penal.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Chile, el Fiscal General puede ser removido por la Corte Suprema a solicitud del Presidente. En Finlandia, es considerado como un empleado civil normal y para ser removido de su cargo no hace falta que concurran circunstancias excepcionales. En Argentina es necesario un escrito de acusación (proceso político). En un modelo estrictamente acusatorio el Fiscal General siempre tiene voz cuando un fiscal va a ser removido.

Si el Fiscal tiene una posición similar a la de un juez como "funcionario judicial" (Italia, Colombia, Costa Rica), entonces es independiente del Ejecutivo (como un juez), y nombrado así como removido por un órgano judicial especial (por ejemplo el *Consiglio Superiore della Magistratura*) o por el Tribunal Supremo (sólo por motivos disciplinarios). En Colombia puede ser acusado por el Senado en base a motivos disciplinarios.

En Italia, sin embargo, la unidad entre juez y fiscal comprendiendo el estatus de fiscal como funcionario judicial, se encuentra en discusión.

d) *China*

En China hay un Fiscal General *(Prosecutor General)* fuerte con poder centralizado y está considerado como cargo independiente. La permanencia en su puesto está estrechamente relacionada con las asambleas del Legislativo y por un tiempo no superior a dos mandatos del Ejecutivo.

El Fiscal General es nombrado y en su caso removido por el Legislativo. El Fiscal General normalmente participa en el nombramiento y remoción del Fiscal Jefe y de los fiscales ordinarios.

Los *chief prosecutors* son nombrados y removidos de su cargo a nivel nacional y regional (provincial, local). Deben cumplir ciertos requisitos, *inter alia*, una "considerable calidad política y profesional". La remoción es posible, entre otros motivos, por no satisfacer las exigencias básicas del puesto o ser de "probada incompetencia".

Pregunta:

2. *¿Realizan algunos órganos (del Ejecutivo, Legislativo o Judicial) algún control general o dirección sobre la manera en la que el Fiscal desarrolla sus funciones? En especial, ¿pueden tales órganos exigir al Fiscal la incoación del proceso en casos especiales o que se abstenga de acusar en un determinado caso?*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

a) *Common Law*

Debe distinguirse entre un control sobre casos particulares y el debido a una política general fiscal y su correspondiente legislación.

Como *chief prosecutor* y miembro del Gobierno el Fiscal General es prácticamente independiente en las materias que le conciernen. Lo mismo es de aplicación a los sustitutos y a los demás fiscales cuando se trata de *casos particulares*: sólo tienen que obedecer instrucciones de sus superiores de la Oficina del Fiscal (*Office of the Prosecutor*) (principio de jerarquía), pero no pueden ser dirigidos por otras instituciones o individuos. Esta independencia fiscal se manifiesta por la casi ilimitada discreción de los fiscales en el modelo del *Common Law*. En base a la prueba presentada por la policía, el Fiscal decide si inicia el proceso o se abstiene. El principio de investigación oficial *(mandatory prosecution)* es desconocido en este modelo. Como consecuencia, por lo que se refiere a casos particulares, existen sólo controles judiciales normales en el curso del procedimiento hasta la sentencia final o cuando se trata de medidas coercitivas *(compulsory powers)* (véase pregunta 6).

Al menos en apariencia estos controles son mayores en Israel, donde el Tribunal Supremo *(High Court)*, al menos teóricamente, puede revisar las decisiones del Fiscal General y compelerle a acusar o no.[13] Un Ministro o un político puede llamar la atención sobre determinado suceso o materia, pero la decisión de intervenir o no queda en manos del *Attorney-General* o de la DPP. También en casos de acusaciones particulares *(private prosecutions)* –si son del todo admitidas– el Fiscal tiene el derecho a intervenir y llevar adelante el caso (especialmente si la participación de la víctima se limita a la iniciación del proceso).

En Nigeria, los ciudadanos tienen derecho a cuestionar la decisión de acusar o de no acusar.

En Japón y Corea, el Ministro no puede nunca interferir directamente en la investigación de un caso particular; sino que tiene que hacerlo por medio del Fiscal General. Sólo hay un control directo interno: la sustitución de un fiscal por otro es posible a petición del Fiscal General.

Al margen de la cuestión sobre el nombramiento y la remoción puede verse cierta forma de control en la *política* fiscal seguida a nivel general.

En Inglaterra y Gales el Ejecutivo prepara las "Directrices del *Attorney-General*". El DPP prepara el Código de los Fiscales de la Corona *(Code for Crown*

[13] En la práctica, el Tribunal Supremo *(High Court)* obliga a acusar al *Attorney-General* sólo en cuatro casos, y nunca a no acusar.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Prosecutors) sobre esta base y se presenta al Parlamento. El Ejecutivo puede hacer seguir determinada política por medio de directivas y el Legislativo por medio de leyes de procedimiento o administrativas. Aunque este control general, o mejor dicho, intervención correccional es bastante normal en un Estado democrático con tres poderes separados y no afecta a casos individuales, no merece la pena.

En US el brazo legislativo (Congreso, asambleas legislativas estatales) puede ejercer alguna influencia negando fondos si no está de acuerdo con la política a seguir. Además el Congreso puede conocer de errores cometidos y exigir informes periódicos al *Attorney-General.* En última instancia los fiscales son responsables ante el público general. A la vista del *consejo independiente,* el *Attorney-General* determina si su nombramiento está garantizado. El *Attorney-General* puede asimismo extender su competencia. Una vez nombrado un consejo independiente, tiene amplia discreción para iniciar o abstenerse de iniciar el proceso.

Contra lo anterior no resulta convincente un informe (Mauricio) según el cual "ningún órgano, ni ejecutivo, ni legislativo ni judicial, ejerce *ningún* control ni dirección sobre la forma en que el DPP desarrolla sus funciones" (enfatizado añadido).

También resulta meridiano que la aparentemente clara distinción entre caso individual y política fiscal pierde mucho en un marco político diferente. En este punto es convincente el informe de Nigeria:

"A causa de la naturaleza política del cargo, y por el hecho de que el *Attorney-General* es el consejero legal del Gobierno, no siempre es posible resistir la presión o injerencia, en particular del Ejecutivo, en descargo de las responsabilidades del Fiscal. Tal presión puede ser bastante pronunciada en un régimen dictatorial, como ocurre con frecuencia en Nigeria. Los *Attorneys-General* de ayer y de hoy se han enfrentado con frecuencia a la cuestión de cómo reconciliar el interés público con la justicia, lo que conduce a plantearse hasta qué punto el interés público se aproxima al interés del régimen o del Gobierno en el poder... cuando una determinada materia constituye un fuerte foco de atención pública que suele tener consecuencias importantes a nivel nacional o en todo caso consecuencias políticas, el *Attorney-General* es generalmente instado por el Gobierno a tomar personal o estrecho control del caso".[14]

De modo parecido, dada la relación directa entre el *Atorney-General* y el Ejecutivo y el estatus de los fiscales como "sirvientes del Gobierno" (Pakistán), no sorprende que el Fiscal "esté influido muchas veces por el Ejecutivo".

[14] Sin embargo y bajo estas condiciones "interference as to the initiation or discontinuance of proceedings is rare" (ibíd.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

b) *Civil Law (modelo francés)*

Hay cierto control político sobre los fiscales por parte del Ministro de Justicia. Éste puede dictar directrices generales sobre cuándo y cómo acusar *(droit d'injonction positif),* pero no puede ordenar *no* acusar *(droit d'injonction négatif).*[15] Excepcionalmente esta influencia general puede extenderse a casos particulares.

De conformidad con la nueva legislación holandesa (Proyecto 25392 de 11 de junio de 1997) la posición del Ministro de Justicia será fortalecida: podrá ordenar directivas de naturaleza general y particular, en sentido positivo y negativo, e interferir en el modo en el que la acusación es llevada a cabo. Sin embargo, tales directivas tienen que ser hechas públicas por el tribunal competente. En España, el Fiscal General es responsable ante el Parlamento.

Obviamente los fiscales están sujetos a la jerarquía propia de la institución. La sanción disciplinaria es posible en casos de mala conducta profesional.

En Holanda está previsto un extenso *examen* judicial: quien recibe un *dagvaarding* (tipo de *indictment*) puede oponerse ante el tribunal: la decisión de acusar puede ponerse en entredicho a lo largo del juicio. La decisión de no acusar puede cuestionarse por medio de queja *(complaint),* ya se trate de personas interesadas u organismos, ante el tribunal de apelación.

c) *Civil Law (modelo acusatorio)*

Si el Fiscal es un cargo judicial, no hay un órgano *externo* superior que lo controle. Esto es así en Italia, Costa Rica y Colombia. Lo mismo ocurriría de ser un empleado civil especial (independiente), siendo éste el caso de Hungría, Georgia, Rusia y también República Checa (a pesar de su nombramiento por el Ejecutivo). Lo mismo se aplica en Brasil, donde el Fiscal, si bien nombrado por el Ejecutivo, goza de formal autonomía. En Argentina, sin embargo, el Ejecutivo puede "sugerir" que el Fiscal General dé instrucciones generales.

Si el Fiscal depende del Ejecutivo, estará controlado bien por medio de directrices generales y/o instrucciones para casos particulares. Normalmente sólo es posible lo primero y el Ministro nunca puede interferir (con la excepción de Austria) en la investigación de un caso particular; tiene que hacerlo por medio del Fiscal (Fe-

[15] Sin embargo, al menos en Francia, se dan este tipo de órdenes en la práctica.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

deral) General Estatal *(State Prosecutor General)* (Alemania). En los antiguos países comunistas sólo el Fiscal General –no el Ministro– puede legalmente ordenar directrices generales y debe asimismo instruir a los fiscales subordinados en determinados casos.

El Fiscal General debe responder ante el Parlamento (Hungría, Rusia), teniendo en este caso que informar regularmente (anualmente). Normalmente puede instruir a los fiscales subordinados sobre la decisión de acusar o no en determinados casos. En Finlandia el Fiscal está sujeto a un control de legalidad por el Canciller de Justicia y por el Ombudsman. En Alemania las directivas ministeriales se han convertido en direcciones internas de la autoridad regional de acusación. Hasta donde llegan los mecanismos de control interno la sustitución de un fiscal por otro es posible a petición del Fiscal General (también Argentina, Costa Rica).

Aparte del control por el Ejecutivo, existe en algunos Estados un fuerte *control judicial* durante la fase pre-*trial*. Esto puede ser especialmente relevante en sistemas donde el fiscal pertenece a lo judicial y por ello se encuentra sujeto a sus mecanismos internos de control; como mínimo se encuentra sujeto a la revisión interna de la propia institución. No hay control judicial sobre la iniciación del proceso en los antiguos países socialistas.

En Argentina, el fiscal puede ser sustituido por otro siguiendo la opinión del tribunal por medio del llamado *control jurisdiccional*. En Chile, de acuerdo con el borrador del proyecto de reforma, un *juez de control de la investigación* no sólo garantiza los derechos del sospechoso, sino que también puede pedir al fiscal que incoe el procedimiento o se abstenga de hacerlo en un caso en concreto.

d) *China*

Existe una jerarquía interna y el Fiscal General puede instruir al Fiscal del Estado. Además hay un control judicial por el Tribunal Popular, que evalúa el rendimiento de los fiscales.

Pregunta:

3. *¿Tiene el Fiscal la obligación de incoar el procedimiento en todos los casos en que hay suficiente prueba, o tiene discreción? Si el Fiscal está obligado, ¿puede ser esto legalmente exigible, y en este caso, por quién? ¿Puede el Fiscal decidir con independencia poner fin a una investigación o retirar la acusación durante el curso de un proceso judicial? ¿Un acto de este tipo exige la aprobación del juez?*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

a) *Common Law*

El modelo del *Common Law* se caracteriza por la casi ilimitada *discreción* del Fiscal para incoar el procedimiento o abstenerse de ello durante la *fase pre-trial*. El Fiscal puede también decidir poner fin a una investigación ya iniciada ya sea por falta de prueba o porque considera que el delito no es lo suficientemente significativo para merecer una acusación (falta de interés público). Un caso puede ser también (parcialmente) sobreseído *(closed)* por medio de un acuerdo *(plea agreement)* o negociación *(plea bargain)*.

En Inglaterra y Gales esta discreción se encuentra prevista en el Código de los Fiscales de la Corona *(Code for Crown Prosecutors)*; aunque existe revisión judicial, está limitada a decisiones que sean completamente irracionales y no se tienen en cuenta las circunstancias sustanciales del caso (así llamado *"Wednesbury" principles*). En Japón y Corea, el Fiscal puede dar por terminado el caso cuando se esté ante una acusación inadmisible o inadecuada.

Aunque esta afirmación sea generalmente válida para todos los modelos del *Common Law* examinados, es necesario hacer alguna distinción. Algunos modelos tienen previsto el examen judicial (Israel, Inglaterra y Gales), mientras que otros no (US aparte de la declaración de culpabilidad que tiene que presentarse ante un juez).

En Inglaterra y Gales la investigación está en manos de la policía. Cuando el CPS asume el caso, la investigación ha concluido, de modo que no es posible más control. En Canadá, se exige autorización del *Attorney-General* para ciertos delitos. Es interesante mencionar la distinción entre el Norte y el Sur de Nigeria. En el Norte, regido por el Código de Procedimiento Criminal *(Criminal Procedure Code)*, la supervisión judicial es mayor que en el Sur, donde rige la Ley de Procedimiento.[16] En Pakistán, el Fiscal está obligado a incoar el procedimiento si hay suficiente prueba; sin embargo, esta obligación no es exigible.

La decisión de desistir del procedimiento no exige la aprobación judicial si el juicio no ha comenzado todavía. Así, el punto crucial se encuentra en la presentación o falta de presentación de la petición. En el primer caso, si el juicio ya ha comenzado, la retirada de la acusación exige la aprobación del tribunal. Así, como regla general se sigue que una aprobación judicial para retirar la acusación es necesaria si el caso se encuentra ya bajo la competen-

[16] Véase más detalladamente el informe de Nigeria, en Arbour/Eser/Ambos/Sendos, *supra* nota *, pp. 425 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cia del tribunal. Esto se aplica en vista de la retirada de la acusación (por ejemplo, por una declaración de culpabilidad). Raramente se deniega la aprobación judicial.

Una retirada formal (de la acusación) puede también exigir el consentimiento del *Attorney-General* (Sudáfrica). En Inglaterra y Gales se distingue entre la suspensión *(discontinuance)* del procedimiento (siendo posible reaunudarlo) y la absolución *(acquittal)* (no es posible la reanudación).

En la mayoría de las jurisdicciones de US el Fiscal puede rechazar los cargos en el momento del juicio. Asimismo en Japón y Corea el Fiscal puede dejar el caso en cualquier momento del procedimiento. Esto muestra la tendencia contradictoria (adversarial) de este procedimiento: el Fiscal es considerado parte del proceso pudiendo sostener un caso sin considerar el principio de búsqueda de la verdad (material).

Un *consejo independiente* tiene completa autoridad para rechazar materias que estén dentro de su competencia sin dirigir ninguna investigación. Para ello no se exige la aprobación judicial.

b) *Civil Law (modelo francés)*

La acusación *(poursuite)* está regida por el principio de *oportunidad (expediency)*. Así, el Fiscal no tiene la obligación de incoar el procedimiento cuando hay suficiente prueba, decidiendo con amplia discreción (en Francia alrededor del 80% no son perseguidos). Esto no ocurre en España, donde rige el principio de investigación oficial *(principle of mandatory prosecution)*. Además no existe discreción (a) cuando el Ministro o el Fiscal General ordena acusar o (b) cuando según las directrices generales debe acusarse, o finalmente (c) cuando la víctima decide interponer una "acción civil" y se constituye en "parte civil" ante el Juez de Instrucción *(juge d'instruction)*[17] o el Tribunal de Apelación (Holanda), con la intención de lograr la indemnización de sus daños y perjuicios en el proceso penal.

Se debe distinguir entre la investigación policial bajo la dirección del Fiscal y la investigación judicial en manos del Juez de Instrucción o, posteriormente, del Tribunal. En el primer caso el Fiscal de la República puede dar por concluida una investigación que-

[17] De acuerdo con el modelo francés, la fase pre-*trial* se divide en dos fases *(poursuite e instruction)*: el *juge d'instruction* investiga los delitos más graves (véase "la función del fiscal", *op. cit.* (nota 1), pp. 7-8).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dando sólo sujeta a la revisión (interna) del Fiscal General. Si el Juez de Instrucción ha tomado parte en el caso *(instruction)*, el Fiscal sólo puede sugerir el sobreseimiento *(closure)*. Siempre que el juicio haya comenzado (el tribunal conoce del asunto) sólo judicialmente puede dar por finalizado el procedimiento.

Como regla general se puede afirmar que el control fiscal sobre el caso termina cuando el tribunal ejerce su potestad jurisdiccional sobre el mismo.

c) *Civil Law (modelo acusatorio)*

En la mayoría de los modelos acusatorios rige el principio de *mandatory prosecution (procedural legality)*: el Fiscal tiene la obligación de acusar si hay suficiente prueba. Sin embargo, este principio encuentra muchas excepciones de acuerdo con el *"expediency principle"* (principio de oportunidad) que da discreción al Fiscal para dar por concluida una investigación en ciertos casos de menor entidad y bajo ciertas condiciones (Austria, Alemania, Finlandia, Brasil, Chile, Costa Rica).

En Brasil, se introdujo en 1995 un tipo de *plea bargaining* que permite al Fiscal parar el procedimiento. El nuevo Proyecto de ley chileno de Procedimiento Penal contiene una regla de oportunidad *(expediency principle)*. El procedimiento checo permite parar la investigación condicionalmente y también el acuerdo *(settlement)*. El nuevo procedimiento húngaro (en vigor a partir del año 2000) permite en determinados casos dar por terminada la investigación (discreción, principio de oportunidad). También introduce algunos derechos de revisión contra las decisiones de los fiscales, en especial para la víctima (queja contra la decisión de no acusar, acusación particular).

En modelos estrictos de *mandatory prosecution* (Italia, Argentina, Georgia, Rusia) existen mecanismos discrecionales de carácter objetivo debido a que los fiscales no pueden perseguir delitos de menor entidad en el tiempo adecuado. En cualquier caso no parece muy realista que el principio de *mandatory prosecution* rija en todos los modelos de justicia penal. Un ejemplo bastante drástico lo proporciona Colombia, donde, a pesar de un estricto concepto de *mandatory prosecution*, fracasa la acusación por razones objetivas *(impunidad)* mundialmente conocidas. En tal situación, el mantenimiento del principio de *mandatory prosecution* –contra la realidad diaria del modelo de justicia criminal– resulta más bien un ejercicio de hipocresía. Es convincente el siguiente informe concerniente a Italia:

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"...es imposible investigar y acusar todos los delitos que han sido cometidos. Así, la realidad obliga a que sea un Fiscal quien discrecionalmente decida qué delitos serán perseguidos y cuáles no".

Por contra, se debe distinguir entre el pre-*trial* y la fase *trial*. Durante la primera, antes de que el juez conozca del asunto, el Fiscal tiene cierta discreción para archivar el proceso *(archivo fiscal)*. Se podría siempre argüir que tiene que concluir su investigación –consecuencia contraria al *mandatory principle*– si no hay suficiente prueba o base legal para proseguir. Esto debería inferirse también del principio de que el Fiscal tiene que investigar en ambas direcciones, tanto en favor como en contra del sospechoso.

En Italia, sin embargo, la doctrina y la práctica llega a la conclusión contraria del *mandatory principle:* que el Fiscal no puede archivar el proceso por sí mismo. Esta posición es comprensible contra la consideración de que no se permite excepción alguna al *mandatory prosecution*. En Colombia el Fiscal tiene que pedir la absolución y no puede concluir la investigación si la prueba no puede justificar la condena.

En modelos con un control judicial previo en un momento procesal anterior al juicio, la terminación del proceso exige una decisión judicial (por ejemplo, Argentina). También en casos de suspensión en virtud del principio de oportunidad se requiere normalmente el consentimiento judicial.

Si el tribunal comienza a conocer del asunto (abierto el juicio), el Fiscal no puede normalmente retirar la acusación (por sí mismo). Sin embargo, sí es posible que el tribunal decida dar por terminado el procedimiento (provisionalmente) o bien que las partes alcancen un acuerdo (Italia).

En la República Checa, Hungría y Rusia el Fiscal puede también retirar la acusación durante el juicio. En Finlandia, el Fiscal sólo puede suspender el procedimiento a petición de la policía (que, en este sentido, tiene una posición similar (fuerte) a la existente en Inglaterra y Gales). Durante el juicio, sin embargo, puede retirar la acusación y suspender el juicio sin consentimiento del tribunal.

d) *China*

Rige en general el principio de *mandatory prosecution (procedural legality)*. El nuevo proceso chino (en vigor desde el 1.1.1997) permite en casos específicos dar por terminada la investigación (discreción, principio de oportunidad).

En la medida en que la Ley de Procedimiento Criminal establece una estricta distinción entre la acusación (por el Fiscal) y el

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

juicio (por el tribunal), el Fiscal no puede retirar la acusación si el tribunal ha llegado a conocer del asunto.

Pregunta:

4. *¿Cómo se garantiza la responsabilidad del Fiscal? ¿Se controlan sus decisiones o su actuación en general, o existe algún tipo de examen a cargo de otros organismos (incluyendo, por ejemplo, abogados u otras organizaciones internacionales)? ¿Debe responder públicamente de la decisión de acusar y de no hacerlo?*

a) *Common Law*

Como se puso de manifiesto en la pregunta 2, el Fiscal está sujeto al control por los mecanismos normales de que dispone el tribunal. Durante la fase pre-*trial* estos controles están limitados a las medidas coercitivas ordenadas generalmente por el tribunal (véase más adelante pregunta 6). Sin embargo, el paso de la pre-*trial* a la fase *trial* (o de juicio) significa una intensificación de los controles.

En los tribunales federales de US, por ejemplo, el Fiscal *(attorney)* tiene que presentar la prueba al Gran Jurado (que vota sobre el cargo criminal propuesto - *indictment)* o, en casos urgentes, directamente pide al juez que dicte una orden de arresto en base a una declaración jurada *(sworn statement)* (queja - *complaint*) y después de ello obtiene el *indictment*. Para ser acusado, al menos 12 miembros del Gran Jurado (16-23 personas) deben entender que hay "causa probable" de que se cometió el delito o delitos especificados en el escrito de acusación.[18] La audiencia ante el Gran Jurado es secreta.

Al margen de los mecanismos judiciales normales de revisión, especialmente en la fase del juicio, pueden existir también mecanismos *internos de revisión*. Aunque debiera contemplarse legalmente, lo cierto es que todavía no está previsto ningún tipo de responsabilidad pública ni de revisión. Sin embargo, la importancia creciente del "impacto de las declaraciones de la víctima" junto a ciertos derechos de información, previsto por ejemplo en la *British Victims Charter* (Homo Office 1990, revisada en 1996), es un instrumento, al menos para las víctimas, en orden a mejorar el control de las decisiones de los fiscales y compelerles a responder públicamente de sus deci-

[18] En los tribunales federales de US, quienes son acusados por más de un año de prisión tienen un derecho constitucional a ser acusado por un Gran Jurado, aunque pueden renunciar al mismo.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

siones. De igual modo la posibilidad de acusaciones particulares supone alguna forma de control y responsabilidad.

En el modelo británico podría interpretarse que existe cierto control parlamentario debido al hecho de que el DPP es responsable ante el *Attorney-General* y además miembro del Parlamento. El DPP forma parte de un organismo y por tanto está sujeto al mismo y a sus revisiones periódicas, como la que lleva a cabo la *Audit Commission*. En US los fiscales federales deben informar periódicamente al *Attorney-General* y son responsables ante el público en general. El *independent counsel* tiene específica obligación de informar a la *Special Division* y al Congreso. En Sudáfrica el *Attorney-General* es responsable ante el Parlamento y ante el Ministro de Justicia como coordinador de las actividades de los 11 *Attorneys General* (como ya se ha mencionado, en Sudáfrica el *Attorney-General* no es el Ministro de Justicia). Sorprendentemente, en Mauricio, si bien con fundamento en el modelo británico, el DPP no será "responsable ante nadie en el ejercicio de sus funciones". En Japón, el *Public Prosecution Review Committe* controla la decisión de no acusar, si bien es cierto que sin efecto vinculante para el Fiscal.

Los abogados y otras organizaciones profesionales pueden jugar un importante papel teniendo en cuenta su estatus en el Estado y en la sociedad así como su organización interna. Sin embargo, esta posibilidad no se trató en la mayoría de los informes. En esta área de mecanismos informales de control, los medios de comunicación y el público en general parecen tener más importancia.

b) *Civil Law (modelo francés)*

El Fiscal General responde fundamentalmente ante el Ministro tanto en materia disciplinaria como en otras. El Ministro es generalmente responsable ante el Parlamento y los fiscales lo son ante sus superiores. Los procedimientos disciplinarios tienen lugar ante un *High Judicial Council* (por ejemplo *Conseil Supérieure de la Magistrature, Consejo General del Poder Judicial*).

El Fiscal no está obligado a responder por decisiones de acusación. Sin embargo, una reforma francesa introduce la obligación de explicar una decisión de no acusar. Esta decisión puede ser revisada por el *General Prosecutor*.

Las asociaciones de abogados no juegan papel alguno al estar formadas sólo por abogados independientes. Sólo pueden informar a los órganos fiscales de mala conducta profesional. Ciertos derechos de ciudadanos particulares *(private citizens)* pueden implicar responsabilidad. Aquí son de mencionar los tres mecanismos de incoación de procedimiento en Egipto (queja, petición y permiso para proceder) o las ya mencionadas posibilidades de revisión previstas en el modelo holandés (véase *supra* 2).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

c) *Civil Law (sistema acusatorio)*

Generalmente la responsabilidad sólo existe en el sentido de un control interno: por los (internos) mecanismos de supervisión dentro de la misma institución (oficina del Fiscal hasta el Prosecutor General y el Ministro) o de lo judicial (responsabilidad ante el *Consiglio Superiore della Magistratura;* control judicial de medidas coercitivas o de mala conducta profesional: *inspección judicial* en Costa Rica). Los fiscales son también responsables de acuerdo con las leyes civil y penal.

En la República Checa, el Ministro puede opinar cuando hay que decidir la composición de un tribunal disciplinario.

El Ministro y/o el Fiscal General pueden ser responsables ante el Parlamento (Finlandia, Argentina, Chile, Hungría, Rusia).

La responsabilidad puede lograrse también por ciertos derechos de la víctima de incoar procedimientos y cambiar decisiones acusatorias (estatus de "querellante"). La posición de la víctima es especialmente fuerte en el modelo finés; siempre puede continuar el procedimiento si los fiscales lo paralizan. Además el control de legalidad está asegurado por el Ombudsman.

Las asociaciones de abogados tienen un papel limitado (por las mismas razones apuntadas en b)).

d) *China*

Hay básicamente un control disciplinario del Fiscal por vía jerárquica. El Tribunal Popular juega un papel mayor.

Las víctimas pueden acusar en casos individuales y pueden pedir al superior que revise una decisión fiscal de no acusar. Pueden también presentar sus objeciones directamente ante el tribunal.

Pregunta:

5. *¿Es el Fiscal tan responsable de la investigación (instrucción) del caso como de su acusación* (poursuite)*? ¿Es el Fiscal quien inicia la investigación o es ésta una decisión de la policía, del juez o de otra autoridad? ¿Controla o influye el Fiscal en la forma de llevar la investigación? ¿Qué tipo de relación tiene el Fiscal con la policía? ¿Tiene el Fiscal algún tipo de control sobre la policía, y en tal caso, cómo lo ejerce? ¿Depende la policía como organización del Fiscal? ¿Puede el Fiscal sancionar la mala conducta de la policía? ¿Es la investigación de exclusiva responsabilidad de la policía o también el Fiscal dirige la investigación?*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

a) *Common Law*

De acuerdo con la *common law* tradicional (especialmente Inglaterra y Gales, también Canadá, Nigeria, Pakistán, Sudáfrica, Mauricio, Singapur y los US), la responsabilidad de la investigación está en manos de la policía. La policía decide si la investigación es completa y de ella resulta suficiente prueba para presentar el caso al Fiscal. En este sentido, el Fiscal depende del trabajo de la policía. Sólo cuando el Fiscal participa en una investigación (habiendo recibido la prueba de la policía), la dirige. En otras palabras, sólo asume la dirección de la investigación cuando la policía decide presentarle la prueba. Dependiendo del concepto de investigación y de acusación podrá afirmarse que el Fiscal tiene responsabilidades en la investigación y la acusación, de un caso (como en US e Israel).

Al menos en la doctrina inglesa, el concepto de investigación se refiere a la investigación policial; el Fiscal sólo asume responsabilidad cuando la investigación ha concluido. En Israel es interesante observar que la policía sólo puede hacer recomendaciones formales y el Fiscal puede instruir a la policía para que investigue o deje de hacerlo. En US el Gran Jurado es instrumento del Fiscal, porque a través suyo puede hacer citaciones para que comparezcan determinadas personas así como para conseguir documentos.

La separación funcional entre policía y fiscalía puede justificarse de la siguiente forma (informe Sudáfrica):

"No es deseable que la Fiscalía responda formalmente de la investigación del delito, como si esto tendiera a distorsionar la distinción entre la investigación del delito y la desapasionada decisión sobre si los hechos de un caso dado merecen ser acusados".

Sin embargo, esta división tradicionalmente clara entre el trabajo de la policía y el del Fiscal ha cambiado recientemente debido a la aparición de nuevas formas de criminalidad (crimen organizado, especialmente tráfico de drogas, blanqueo de dinero) y el bajo nivel de experiencia de la policía (caso especial de Sudáfrica). En estos casos más complejos hay una más estrecha cooperación entre la policía y el Fiscal en un más temprano estadio del procedimiento. La policía a menudo busca el parecer del Fiscal o procura obtener una autorización judicial con su ayuda. Así el Fiscal consigue influir algo en la investigación. Sin embargo, al menos en Inglaterra y Gales, sigue siendo decisión de la policía seguir el consejo del Fiscal. En Sudáfrica, el Presidente puede pedir a un *Attorney-General* (provincial) que dirija una investigación en los llamados delitos de "Tercera Fuerza" (secreto, políticamente relacionado). Finalmente, el Fiscal puede también pedir a la policía que investigue un asunto.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

De acuerdo con el concepto tradicional, la policía –responsable de la investigación– y el Fiscal –responsable de la acusación (después de terminada la investigación)– trabajan independientemente. No hay control disciplinario directo sobre la policía en cuanto depende del Ministerio del Interior, mientras el Fiscal depende del Ministro de Justicia. En casos de mala conducta el Fiscal sólo puede llamar la atención de las autoridades competentes sobre el caso. Durante la investigación, el Fiscal sólo puede ejercer influencia sobre la policía si ésta solicita su asesoramiento (como ocurre en muchos casos complicados) o si la ley nacional le permite intervenir en la investigación.

Por lo visto Israel es el único caso en donde la policía sólo puede hacer sugerencias o recomendaciones mientras la decisión final se encuentra en manos del Fiscal, que siempre puede ordenar a la policía que investigue o que deje de hacerlo. De modo similar, en Nigeria del Norte el *Attorney-General* tiene poderes especiales sobre la investigación. La relación fáctica entre la policía y el Fiscal podría calificarse de "cooperadora" (Canadá) o como "relación de trabajo" (Mauricio), al menos en sistemas donde ambas instituciones persiguen los mismos objetivos. Quizá sea demasiado optimista esperar que "los oficiales de policía tengan mucho respeto" al Fiscal (Mauricio).

En Japón y Corea, el Fiscal parece tener un estrecho control sobre la policía. Les da instrucciones, los dirige, y si no cumplen, están sujetos a sanciones disciplinarias.

Una vez nombrado, el *consejo independiente* controla todos los aspectos de su investigación y puede pedir auxilio al Departamento de Justicia, incluyendo el uso de recursos y de personal investigador. Adicionalmente, el consejo independiente tiene ciertas funciones de investigación por sí mismo.

b) *Civil Law (modelo francés)*

Generalmente el régimen *civil law* no distingue entre la investigación y la acusación en el sentido del *common law*. La distinción francesa entre *poursuite* e *instruction* se refiere a diferentes fases del procedimiento y por tanto distingue entre competencias del *procureur* y del *juge d'instruction*. El Fiscal es responsable de la investigación y puede también iniciarla junto con la policía *(police judiciaire)*, que por otro lado siempre está controlada por aquél.

El *juge d'instruction* sólo es responsable de delitos mayores y sólo después de que sea requerido por el Fiscal para abrir una instrucción (en Francia el 5% de los casos). En esta fase el Juez de Instrucción sólo se ocupa

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

del procedimiento y controla el *dossier*. Es importante observar sin embargo que nunca inicia una investigación sin la solicitud del Fiscal o de la parte civil. Si es requerido, tiene que iniciar la investigación (a) de iure, si se trata de un delito grave ("delito" castigado con más de 10 años de privación de libertad), (b) de iure, siempre que los hechos muestren que un menor de 18 años es sospechoso de haber tomado parte, (c) de iure, cuando se trate de escuchas telefónicas o de detenciones previas al juicio, y (d) de facto, cuando se trata de hechos demasiado complicados para ser directamente sometidos al juzgador. En estos casos, el Juez de Instrucción o bien dirige la investigación por sí mismo o le da a la policía judicial *(police judiciaire)* órdenes *(commissions rogatoires)* para desarrollar la investigación en su ayuda.

En Holanda, tanto la investigación como la acusación están en principio en manos del Fiscal. Sin embargo, éste puede requerir al Juez de Instrucción para que investigue más el caso (que en la práctica tiene lugar en los más graves y complicados, así como en aquellos en que se necesitan especiales poderes para la investigación, por ejemplo para ordenar una intervención telefónica). Durante la investigación por el Juez de Instrucción, el Fiscal puede hacer que la policía continúe la investigación por sí misma. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en Francia, el juez investigador no tiene entonces responsabilidad única sobre el procedimiento.

En Ruanda no hay *juge d'instruction*. En Egipto, desde 1952, el Fiscal es responsable del escrito de acusación *(indictment)* y de la investigación; las investigaciones judiciales son poco comunes.

Legalmente la policía judicial *(police judiciaire)* está controlada por el Fiscal y, donde sea competente, por el *juge d'instruction*. La policía debe informar al Fiscal de todos los delitos de que conozca, seguir sus instrucciones y someterle toda medida de detención policial. Al término de la investigación, la policía tiene que dar al Fiscal información completa y detallada de su trabajo. En la práctica, sin embargo, el incremento de profesionalización de la policía se traduce en autonomía, aunque relativa.

En casos de mala conducta policial son posibles sanciones disciplinarias. Los fiscales generales *(the Prosecutors General)* supervisan la actividad de la policía y la *chambre d'accusation* es la autoridad disciplinaria. El *juge d'instruction* cuenta con los mismos poderes sobre la policía judicial que el Fiscal. Este poder no se extiende a otros órganos policiales que no sean policía judicial. Es interesante observar que el modelo francés prevea un poder disciplinario directo del Fiscal y de la *chambre d'accusation* sobre la *police judiciaire*, aunque dependan –como toda policía– del Ejecutivo (Ministro del Interior o de Defensa). En Holanda tal poder disciplinario se reserva al *"police force manager"*, un oficial dependiente del Ministro del Interior.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

c) *Civil Law (sistema acusatorio)*

En el sistema acusatorio el Fiscal controla tanto la investigación (policial) como la acusación. Es director o máster de la completa fase pre-*trial*. En la práctica la policía lleva a cabo la investigación bajo el control legal del Fiscal; la extensión de este control depende del caso.

En Austria y Argentina, sin embargo, el *control* formal de la fase pre-*trial* (instrucción) está en manos del Juez de Instrucción *(examining judge)*, mientras que de la investigación se ocupan el Fiscal y la policía.

En Hungría, la nueva ley de procedimiento faculta explícitamente al Fiscal a dirigir la investigación haciéndole por tanto "máster" de la misma en el sentido del modelo alemán (similar en Rusia). Además, el Fiscal tiene –con la legislación existente– competencia exclusiva para investigar en casos particulares relacionados con miembros del Parlamento, de la policía o cuando se trata de delitos contra la Administración de Justicia. En otros casos más complicados hay "mayor control".

En Finlandia puede hablarse de una responsabilidad general de la policía durante la investigación preliminar.

La policía depende funcionalmente del Fiscal durante la investigación, por cuanto debe informarle sobre la comisión del delito e investigar bajo su dirección y supervisión. Sin embargo, el Fiscal no tiene control disciplinario directo sobre la policía, pues normalmente pertenece al Ministerio del Interior o de Defensa; sólo puede sugerir medidas disciplinarias al oficial superior de policía o al Ministro del Interior. Sin embargo, puede acusar a la policía por la comisión de delitos *(criminal offences)*. También la llamada *Policía Judicial* pertenece como organización a las fuerzas de policía ordinarias *(ordinary police forces)* que dependen del Ministro del Interior o de Defensa.

No obstante en Italia el *Procuratore Generale* puede conducir procedimientos disciplinarios contra la policía. En Colombia el Prosecutor General puede separar agentes de la *Policía Judicial* de la investigación si no cumplen sus órdenes.

El Fiscal puede dar una amplia variedad de órdenes a la policía que influyan en su forma de proceder, y así por ejemplo en el caso de la República Checa el Fiscal puede:

1. Dar órdenes vinculantes de toda clase relativas a la investigación;

2. Solicitar de la policía cualquier papel, documento, material o informe;

3. Participar en las actividades policiales durante la investigación;

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4. Devolver un asunto solicitando más medidas de investigación;
5. Anular decisiones ilegales o injustificadas así como medidas policiales y sustituirlas;
6. Retirar a un oficial de policía determinado de un asunto y asignárselo a otro oficial.

d) *China*

En China, el Fiscal investiga y acusa sólo determinados casos, por ejemplo aquellos en los que están implicados funcionarios del Estado. En casos ordinarios los órganos de seguridad llevan a cabo una investigación preliminar y presentan –después de su terminación– la prueba al Fiscal (similar al modelo inglés). Los órganos de seguridad pueden siempre objetar una decisión de no acusar ante el Fiscal superior. Así, en principio, el Fiscal sólo es responsable de la acusación. Sin embargo, el Fiscal también puede pedir a los órganos de seguridad más medidas de seguridad y también es posible que investigue por sí mismo.

Los órganos de seguridad no dependen como organización del Fiscal. Durante la investigación policial no hay un control directo por el Fiscal, por cuanto la investigación (policial) y la acusación están separadas. Sin embargo, de acuerdo con la Constitución, los órganos de seguridad, fiscales y jueces se controlan unos a otros. Esto obviamente puede afirmarse teniendo en cuenta el proceso penal como un todo (véase pregunta 4).

Pregunta:

6. *¿Qué poderes tiene el Fiscal? ¿Puede ordenar por ejemplo detenciones, decidir órdenes de registro u otras medidas coercitivas?*

a) *Common Law*

Unánimemente se responde que el Fiscal no tiene tales poderes. Para ordenar determinadas medidas tiene que acudir al tribunal (por ejemplo para citaciones ante el US Gran Jurado), lo cual puede considerarse la competencia judicial exclusiva más importante durante la fase pre-*trial*.

Sin embargo, es importante observar que la policía puede por sí misma realizar determinadas medidas *(compulsory measures)* (por ejemplo, detener a una persona) sin una orden judicial.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El ejemplo más drástico lo presentan Inglaterra y Gales, donde la policía utiliza esta posibilidad –enraizada en costumbres tradicionales– muy ampliamente. Un Fiscal no pide una orden judicial estando la investigación en manos de policía que usa medidas coercitivas cuando las necesita. En Israel, la policía puede decidir órdenes de registro pudiéndose afirmar que el uso de poder coercitivo es decisión policial.

El *independent counsel* tiene plenos poderes y autoridad independiente para toda función investigadora y acusadora del Departamento de Justicia, del *Attorney-General* y de cualquier otro oficial o empleado del Departamento de Justicia, con una excepción (el *Attorney-General* controla las autorizaciones de escuchas telefónicas). El consejo independiente puede realizar citaciones, hacer comparecer a testigos ante el gran jurado y en juicio, otorgar inmunidad, citar documentos, y conseguir el testimonio de determinados testigos que gozan de ciertos privilegios. Sin embargo, como con un Fiscal federal, el consejo independiente no puede expedir órdenes de registro ni detenciones, aunque siempre pueda acudir al tribunal federal para que sus agentes puedan realizar dichas detenciones o registros. El consejo independiente también puede cumplir ciertas funciones acusatorias.

b) *Civil Law (modelo francés)*

El Fiscal tiene limitados sus poderes coercitivos *(compulsory powers)* y puede ordenar a la policía determinadas medidas (arrestos, detenciones policiales, registros, etc.). Otros poderes están reservados para el Juez de Instrucción *(examining judge)* o para el tribunal competente. En Ruanda estos poderes parecen ir más allá.

c) *Civil Law (sistema acusatorio)*

En principio, cualquier medida tiene que ser autorizada por el juez. Sin embargo, en situaciones excepcionales, cuando la dilación obstaculice la buena marcha del proceso, el Fiscal puede ordenar determinadas medidas (en Alemania: arrestos provisionales, registros y decomisos, vigilancia de comunicaciones; de modo similar en Finlandia, Italia y Costa Rica). En estos casos existe un control judicial *ex post*. En sistemas con Juez de Instrucción el Fiscal sólo puede ordenar arrestos provisionales; para las demás medidas se exige una orden judicial (Austria, Argentina, Chile). Otros modelos dejan que sea el Juez quien ordene este tipo de medidas (Brasil). Excepcionalmente, en Colombia, el Fiscal tiene plenos poderes para ordenar medidas coercitivas.

En los antiguos países socialistas, el Fiscal y la policía (al menos en Hungría) siempre pueden ordenar diversas medidas (arrestos provisionales, registros y decomisos, confiscaciones). Sólo

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

recientemente y debido a la influencia del extenso modelo europeo de derechos humanos (miembro del Consejo de Europa) toda medida coactiva que limita la libertad personal y tiene un impacto importante en las garantías individuales debe ser ordenado por el tribunal (*cfr.* la nueva ley húngara y la situación en Georgia). Aunque la Constitución rusa de 1993 prevé un control judicial de registros, decomisos, etc., el viejo sistema soviético subsiste debido a lagunas de legislación práctica, de modo que el Fiscal goza de amplios poderes.

El Fiscal puede hacer también comparecer ante sí a sospechosos, testigos y peritos después de la citación.

d) *China*

En China, el Fiscal tiene amplios poderes coercitivos. Los fiscales chinos se quejan de su dependencia de los órganos de seguridad para el reforzamiento de las medidas coactivas.

Pregunta:

7. *Más específicamente: ¿Hay injerencia política cuando se trata de casos rutinarios? ¿Cómo se acusa en casos políticamente sensibles, como aquellos que implican a jueces, políticos o funcionarios civiles senior?*

Cuestión preliminar

Casi todos los informes niegan categóricamente que la injerencia política (general) exista del todo en sus sistemas. En general, la respuesta depende mucho del concepto de "caso rutinario". Es claro, sin embargo, que la injerencia política no opera abiertamente y, por tanto, no sorprende que muchos informes no puedan identificarla. Esto no dice mucho sobre su existencia o inexistencia y sólo confirma nuestra ignorancia en vistas al fenómeno. Una respuesta aceptada más o menos generalmente se encuentra en el informe de Inglaterra y Gales cuando afirma que la injerencia política "no se conoce" y, si existe, está "muy bien escondida".

a) *Common Law*

Respuestas menos categóricas que admiten un cierto grado de injerencia política son las siguientes: el informe de Pakistán considera la influencia política "mínima", pero admite la "posibilidad". En Nigeria existe la injerencia política, como se ha afirmado más arriba (pregunta 2), al menos en casos políticamente relevantes (que sin embargo no serían calificados como "casos criminales rutinarios"). De acuerdo con el informe de Mauricio, la respuesta "no tiene fácil contestación", pero las denuncias de injerencia política se conocen sólo a nivel policial. En el informe de Sudáfrica, el fenómeno general de intentar influir en testigos es considerable. En Japón la influencia política es poco común, aunque no por causa del control de la opinión pública.

Debe hacerse una distinción entre los casos individuales y las directrices de política general fiscal. Puede hablarse de una influencia política directa por decretos ejecutivos o directivas (véase pregunta 2).

En US los *casos sensibles políticamente* pueden ser acusados por un consejo independiente, nombrado por el *Attorney-General*.[19] Esta posibilidad también existe en Canadá, aunque la mayoría de estos casos siguen el procedimiento normal, si bien son tratados por fiscales senior. Lo mismo ocurre en otros países examinados: los casos políticos son tratados de la misma forma que los casos ordinarios, pero para dirigir la acusación puede ser designado el *Attorney-General*, el DPP o un Fiscal senior.

Las investigaciones de *independent counsels* no se ocupan, por definición, de "casos criminales rutinarios". Cuando estas investigaciones se dirigen contra funcionarios públicos senior o incluso Ministros o Presidente de US, el Ejecutivo suele tener un fuerte interés en el caso y podría intentar manipularlo. La ley Independent Counsel (1978) representa una respuesta del Congreso a este peligro con algunos precedentes históricos en este sentido.[20] La ley intenta asegurar no sólo un nombramiento limpio, sino también que el Fiscal especial pueda investigar sin ninguna amenaza de injerencia por parte del Ejecutivo.

b) *Civil Law (modelo francés)*

La injerencia política está limitada por la política general fiscal a través de directrices ministeriales u órdenes (véase pregunta 2). En casos individuales apenas se conocen injerencias.

[19] Véase para más detalles el trabajo de *Donald Smaltz*.

[20] Por ejemplo, cuando el Presidente Nixon en 1972, durante la crisis de Watergate, nombró un fiscal especial, a quien más tarde despidió insatisfecho de su desempeño.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El derecho a una intervención del Ministro de Justicia de acusar un determinado caso *(droit d'injonction positif)* apenas se utiliza en la práctica, al menos en Francia y Bélgica. Sin embargo, la mera posibilidad de actuar a través del Prosecutor General da al Ministro un considerable poder para intervenir en determinados casos. El peligro que comporta debería conducir al informe de Ruanda a pronunciarse en favor de la abolición de toda norma que permita una intervención del Ejecutivo en procesos criminales. En el informe de Egipto se afirma de modo más general:

"Aunque es difícil encontrar una prueba de intento consciente por parte del Ministro de Justicia de imponer esta filosofía legal sobre la acusación pública a través de sus poderes de supervisión, lo cierto es que la amenaza a la independencia del Fiscal existe. La *capacidad* de abuso por parte del Ministerio –la *posibilidad* de castigar acciones fiscales desfavorables– es suficiente para proteger la independencia de los órganos de acusación pública" (enfatizado en el original).

La nueva legislación holandesa prevé que la injerencia ministerial se dé a conocer al público y al tribunal.

En los sistemas del *Civil Law* los *casos sensibles políticamente* son investigados en principio de la misma manera que los casos normales. Algunos oficiales de alto rango, especialmente Ministros, tienen un tratamiento privilegiado en los procedimientos ante el Tribunal de Casación o de Apelación (por ejemplo, Francia, España). Sin embargo, siempre existe la posibilidad de que se den ciertas instrucciones "favorables" del Ministro de Justicia a algunos fiscales encargados de tales casos.

Así, la Reforma francesa contempla la prohibición de toda instrucción individual. De acuerdo con la nueva legislación holandesa, la acusación de un juez, de un político o de un funcionario civil senior puede (de forma similar a la acusación de cualquier otra persona) impedirse por injerencia del Ministro de Justicia. Tales injerencias, sin embargo, deberán hacerse públicas. En el caso de Ruanda, el Ministro de Justicia puede vetar la investigación por intereses estatales.

c) *Civil Law (sistema acusatorio)*

Como se ha indicado anteriormente (b), la injerencia política está limitada por directrices generales y en casos individuales apenas se conoce. Sin embargo, no debe ignorarse que un Ministro puede abusar de su influencia por medio del Fiscal General o directamente en un determinado supuesto. Por esta razón, se discute la posibilidad de que sea el Parlamento el que imponga tales directrices generales (Italia).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La investigación de oficio *(mandatory prosecution)* puede considerarse un "baluarte" contra la injerencia política al dejar al Fiscal poca o ninguna discreción para acusar si hay suficiente prueba.

En Finlandia hubo un tiempo en el que las declaraciones presidenciales influían en los fiscales. En Brasil, la influencia política es menor en las regiones más desarrolladas. El proceso de selección del Fiscal y su independencia política están considerados como cruciales requisitos contra la influencia política. En Argentina, existe fuerte injerencia informal en casos de políticos o de sus amigos. En Colombia y Costa Rica se niega tal injerencia. En Rusia y Georgia, las antiguas prácticas soviéticas (así llamadas "telephone law", por ejemplo intervención por llamada telefónica) no parecen haberse superado todavía; en cualquier caso, es necesario valor y reputación.

Los casos políticamente sensibles o bien son tratados de la misma manera que los ordinarios (Austria, Alemania) normalmente por altos tribunales (Italia, Colombia, Chile) o/y exigen una aprobación del Poder Legislativo, un tipo de *impeachment* (Finlandia, Brasil, Colombia, Costa Rica). En cualquier caso es más estrecha la supervisión del Fiscal por sus superiores, incluyendo al Fiscal General, quien puede informar al Ministro de Justicia. En la práctica en estos casos hay bastantes fiscales senior o un equipo de fiscales a cargo del asunto (Hungría, República Checa). En algunos Estados hay fuertes presiones sobre aquellos fiscales que intentan investigar en casos políticos o politizados (Brasil, Argentina, Colombia). El Parlamento puede jugar un importante papel como contrapeso de la presión política (Hungría).

En Austria ha habido injerencia en determinados casos de especial calado político. En Italia los partidos políticos intentan influir en ciertas acusaciones, pero no está claro qué influencia tienen sus intentos. En Finlandia los altos oficiales son acusados por un tribunal especial sobre la base de una decisión parlamentaria *("Court of Impeachment")*. En Brasil el procedimiento de *impeachment* conduce a la impunidad en Estados donde en relación con lo investigado existe mayoría parlamentaria. En Argentina impunidad se extiende a complicidad o a miedo de los fiscales. En Colombia la presión de fiscales llega a comprender amenazas de muerte e incluso asesinatos cuando se trata de investigaciones concernientes al crimen organizado (tráfico de drogas) y derechos humanos (paramilitares). El caso de Georgia muestra que una investigación independiente de casos políticos está íntimamente relacionada con la separación de poderes y con la autonomía y reforzamiento del Fiscal.

d) *China*

En China, como ya se ha mencionado, el Fiscal está considerado como un órgano independiente. Sin embargo, la injerencia políti-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ca tiene una base legal si se tiene en cuenta el proceso de selección y el control ideológico por el Tribunal Popular (pregunta 2; *cfr.* art. 22 seq. Prosecutor Act 1995).

Los casos sensibles políticamente son de exclusiva responsabilidad del Fiscal (investigación y acusación).

Pregunta:

8. *En relación con los tribunales penales internacionales: ¿Cómo cooperan las autoridades estatales/judiciales con los Tribunales Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda? ¿Exige la ley nacional a las autoridades nacionales que cooperen con los Tribunales Internacionales o depende la cooperación de decisiones discrecionales de las mismas o de órganos políticos? ¿Están también los tribunales nacionales implicados en la cooperación con los Tribunales Internacionales?*

Dadas las diferencias tanto normativas como fácticas parece razonable hacer una triple distinción:

(1) Hay países que regulan la cooperación con el ICTY y el ICTR a través de leyes específicas:

– *Inglaterra y Gales*: UN ITFY Order 1996, SI N° 716 que, *inter alia*, prevé la entrega del acusado y el cumplimiento inmediato de las órdenes de los Tribunales;

– *Bélgica*: plena cooperación, competencia del Tribunal de Casación para aplazar el procedimiento; las medidas coercitivas son llevadas a cabo por el Juez Instructor *(examining judge)*; órdenes de detención de cumplimiento no inmediato, posible orden judicial provisional;

– En *Holanda* se accede a las peticiones cuando sea posible, si bien son objeto de un control judicial por la *Hague District Court;* entrega (no extradición);

– *Alemania*: especialmente buena cooperación con el ICTY (Ley de 1995, *cfr. Bundesgesetzblatt* 1995 I 480), apenas con el ICTR (Ley de 1998, BGBl. 1998 I 843) a causa de la falta de casos; Ley de 13 de abril 1995: las órdenes del Tribunal son transmitidas al Ministro Federal de Justicia, quien a su vez las transmite a los fiscales locales competentes; las órdenes se cumplen en consideración a la *Act on the International Assistance in Criminal Matters,* que no es de aplicación directa;

– *Italia*: órdenes transmitidas al Ministro de Justicia y posteriormente al *Procuratore Generale;* entrega y no extradición, si bien se examinan las solicitudes de extradición (especialmente jurisdicción del ICTY); para la ejecución de sentencias se exige el reconocimiento interno;

– *Hungría*: Ley N° 39 de 1996 reconoce la prioridad de la jurisdicción del ICTY; no son de aplicación los requisitos/obstáculos normales para la extradición; las órdenes del ICTY tienen que llevarse a cabo al ser de cumplimiento inmediato;

– *Georgia*: obligación de cooperar en virtud del Decreto presidencial de 6 de enero 1997 (más que una declaración política); especial interés a causa de la posible creación de un tribunal internacional en Abhazia (república autónoma rebelde de Georgia);

– *Finlandia*: Ley de 5 de enero 1994; las solicitudes se transmiten al Ministro de Justicia; entrega, si bien las reglas de extradición son aplicables *mutatis mutandis;* órdenes del ICTY de cumplimiento de acuerdo con la legislación interna; cumplimiento de sentencias de acuerdo con la Ley N° 21/87; el indulto, la conmutación de la pena y la puesta en libertad tienen que decidirse por un tribunal;

– *España*: en relación con el ICTY existe la Ley Orgánica N° 15/1994 (1 de junio) para la aplicación interna de sus decisiones.

– *Francia*: hay dos leyes reguladoras de la cooperación con el ICTY y el ICTR (Ley N° 955-I de 2 de enero de 1995; Ley N° 96-196 pf 22 de mayo de 1996) adaptando la ley francesa a las resoluciones del Consejo de Seguridad 827 (creación del ICTY) y 955 (ICTR).

(2) Hay otros países que no tienen *todavía* una ley, pero cooperan activamente:

– este es el caso de *US*, que apoya en especial al ICTY y es ciertamente el más importante poder en lo concerniente al cumplimiento de decisiones judiciales, especialmente de órdenes de arresto;

– este es el caso de *Canadá* a nivel diplomático en la práctica; no está sólo representado por el Prosecutor General, sino que también planea la aprobación de una ley de auxilio entre el ICTY/ICTR y los tribunales nacionales;

– similar *Malí*: comisiones rogatorias internacionales (auxilio mutuo);

– la mayor asistencia la proporciona la *República Checa* al acoger refugiados de la Antigua Yugoslavia, quienes luego actúan como testigos para el ICTY (se ha preparado ya un proyecto de ley);

– en cuanto a *Costa Rica*, es de mencionar que uno de los magistrados del ICTY procede de este país.

(3) Hay países que no tienen legislación y cooperan (cooperarían) sobre una base *discrecional* en virtud de la ley internacional (Mauricio, Nigeria, Israel, Singapur, Brasil, Argentina, Colombia, Chile, Japón, Corea, Rusia, Ruanda como caso especial); algunos en espera de una CPI en funcionamiento (Sudáfrica).

China es un caso bastante especial. Como miembro permanente del Consejo de Seguridad ha apoyado la creación del ICTY y del ICTR. Por otro lado, el Gobierno chino ha dejado claro –en su informe *amicus curiae* del caso *Blaškič*– que su interés por la seguridad nacional prevalece sobre la eventual obligación internacional

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de cooperar. En consecuencia China votó en contra de la ley de Roma para la creación de la CPI.[21]

Todos los miembros de la UN están obligados a obedecer las órdenes del ICTY y del ICTR, siempre que su obligación internacional no haya sido realizada a nivel nacional. Por ello en el US-informe se afirma que "Estados Unidos está obligado a proporcionar el auxilio solicitado por los Tribunales Internacionales por ser miembro de Naciones Unidas".

CONCLUSIONES

CUESTIONES GENERALES

Del análisis de los informes nacionales se infiere que hay ciertas características generales en los modelos nacionales. La existencia de estas características en un modelo nacional no parece depender de la tradicional categoría *(common law/civil law)* a la que el modelo pertenece. Esto confirma el resultado general de la investigación en proceso penal comparado, de acuerdo con el cual el sistema tradicional no tiende a distanciarse, sino a confluir.[22] De este modo, las conclusiones siguientes intentan ser generales, buscando los límites de uno y otro sistema. La exposición sigue el orden de las preguntas y de la formulación de los informes que fueron objeto de discusión durante las jornadas.[23]

1. ESTATUS DEL FISCAL

Lo que deba entenderse por *"chief prosecutor"* depende mucho del concepto de fiscal-jefe. Desde un punto de vista *estructural*, el órgano más elevado es el Ministro de Justicia o el *Attorney-General*, es

[21] Sobre el Estatuto de Roma véase Ambos, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders, *supra*, nota *, pp. 81 ss.

[22] Véase Jörg/Field/Brants, en: Fennel/Harding/Jörg/Swart (eds.), *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, Oxford 1995 en 41-56 (55) cuando se habla de una "convergencia gradual" del sistema inquisitivo y acusatorio.

[23] Véanse las cuestiones preliminares, Arbour/Eser/Ambos/Sanders, *supra*, nota *, pp. 615 ss. y el resumen de la discusión, Arbour/Eser/Ambos/Sanders, *supra*, nota *, pp. 651 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

decir, un miembro del *Ejecutivo*. Su influencia es considerable en vista del nombramiento o remoción del más alto fiscal y fiscales senior del país. Sin embargo, puede tener que compartir su poder con el Parlamento o la Corte Suprema. Hay también jurisdicciones donde un consejo independiente (judicial) *(Conseil Supérieur de la Magistrature, Consejo General del Poder Judicial, Consejo Superior de la Magistratura o Judicatura)* –independiente del Ejecutivo– puede nombrar y remover fiscales. En estos casos el Ejecutivo siempre puede influir enviando representantes a esta institución.

Si se analiza la pregunta en vista de las actuales competencias para investigar y acusar, el *"chief prosecutor"* es más bien el Prosecutor General *(Procureur General, Fiscal General)* o –en los modelos del *Common Law*– el *Director of Public Prosecutions*. Normalmente es un cargo independiente o un "cuasifuncionario judicial", y en cualquier caso, *formalmente independiente del Ejecutivo en lo que concierne a la investigación y acusación de delitos individuales.*

La jurisdicción del Fiscal-Jefe puede limitarse a delitos federales o conocer de todo delito. Esto dependerá de la estructura administrativa del Estado.

El Fiscal-Jefe es *nombrado* y removido por o con participación del Ejecutivo. La participación del Parlamento *(impeachment)* existe en algunas jurisdicciones del *Common Law* y del *Civil Law*. En los US los fiscales son normalmente elegidos. Un órgano judicial independiente como el *Conseil Supérieur de la Magistrature* puede tener una función de consejo *(advisory)*. La remoción normalmente sólo es posible después de un procedimiento formal y por razones disciplinarias. La remoción de fiscales ordinarios normalmente exige la iniciativa o aprobación del Fiscal-Jefe.

2. FORMAS DE CONTROL DEL FISCAL

En este punto debe distinguirse entre el control en *casos individuales* y el relativo a la política fiscal general y su correspondiente legislación. Ciertamente, en todo sistema el Ejecutivo puede definir a través de directrices de trabajo determinada política fiscal. Sin embargo, esta influencia general o control no debería, al menos en teoría, afectar a la acusación de casos individuales. En sistemas donde tal control está permitido (modelo francés), no se permite dar instrucciones al Fiscal para que no acuse (no hay *droit d'injonction négatif*). Si tal (directa) influencia se considera razona-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ble tanto en sentido positivo como negativo, también es cierto que las directivas ministeriales tienen que ser hechas públicas y darse a conocer al tribunal competente (reforma holandesa).

Dada esta situación, hay que decir que generalmente el Fiscal está sujeto a un control *específico* sólo dentro de su propia institución y a través de su subordinación jerárquica. Este control puede también alcanzar al derecho del Fiscal General de imponer sanciones disciplinarias. Además, puede haber control *judicial* en la fase pre-*trial* por un Juez Instructor o una cámara pre-*trial (chambre d'accusation).* Tal control, en cualquier caso, es preferible al control por el Ejecutivo por ser más técnico que político. Esta es la base de la propuesta germano-argentina para conseguir un Fiscal independiente de una CPI y que finalmente salió adelante (art. 15 Rome Statute).[24]

Combinando las conclusiones 2 y 3 se podría, siguiendo a *Delmas-Marty,* hablar en general de una triple distinción: o bien el Fiscal es dependiente y fuerte (como en Alemania y Francia) o dependiente y débil (como en Inglaterra) o independiente y fuerte (como en Italia, Portugal y Colombia).[25]

3. *MANDATORY PROSECUTION* CONTRA DISCRECIÓN

En cuanto a la decisión del Fiscal de investigar o no, los informes nacionales muestran –al menos *de hecho*– una tendencia hacia la *discreción* de los fiscales. Esto está expresamente previsto en las jurisdicciones del *Common Law,* pero también en las del *Civil Law,* donde a pesar del principio de *mandatory prosecution (procedural legality),* se pueden observar varias excepciones al mismo *(expediency, opportunity).* En este contexto se discute que las recientes reformas en todo el mundo hayan introducido ciertos mecanismos de negociación *(bargain)* que permitan concluir el caso con prontitud en base al acuerdo *(agreement)* entre el Fiscal y el acusado con o sin participación judicial. Aunque se invoque el cumplimiento estricto del principio de investigación oficial *(mandatory prosecution),* hay mecanismos de discreción fáctica al existir en la actualidad en el sistema de justicia no criminal la posibilidad de acusar toda ofensa sin que importe su gravedad.

[24] Véase *supra,* nota 22.

[25] *Cfr.* Delmas-Marty (ed.), *The Criminal Process and Human Rights.* Dordrecht *et al.,* 1995, p. 194.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Como regla general puede afirmarse que el control fiscal sobre el caso termina con la *jurisdicción* del tribunal. Muchos modelos prevén un examen judicial del escrito de acusación.[26] Durante el juicio, el Fiscal puede tener la facultad de retirar la acusación sin aprobación judicial, pero no puede parar el procedimiento. Esto sólo es posible en un estricto sistema contradictorio *(adversarial)* (proceso de partes) donde la continuación del proceso es de la única responsabilidad de las partes.

4. RESPONSABILIDAD DEL FISCAL

Como ya se ha mencionado, el control interno y, donde sea aplicable, el control judicial, son importantes mecanismos para asegurar la responsabilidad de los fiscales. Otra garantía posiblemente más importante es la amplia participación de las *víctimas* en los procesos criminales. Por un lado, las víctimas y/o sus parientes pueden tener la posibilidad de iniciar y continuar las acusaciones particulares (no sólo limitadas a los llamados delitos privados – *"Privatanklagedelikte").* Por otro lado, las víctimas pueden tener el derecho de objetar o apelar ante el Tribunal contra la decisión del Fiscal (no sólo al Fiscal superior).

5. EL FISCAL Y LA POLICÍA

En general, el Fiscal apenas puede controlar la investigación policial. Esto no es sólo aplicable a los modelos del *Common Law,* donde la investigación policial y la acusación han estado tradicionalmente separadas y la policía y el Fiscal se consideran independientes en procesos criminales, sino que también es de aplicación en el sistema del *Civil Law,* en cuanto que un control formal del Fiscal sobre la policía apenas es posible dado que actualmente los actos de investigación son llevados a cabo por esta última y su relación con el caso es más estrecha que la que tiene el Fiscal.[27] Ciertamente, hay todavía una diferencia entre un Fiscal que puede instruir a la policía a hacer esto o dejar aquello y uno que sólo recibe la prueba de la policía. Sin embargo, el control policial es algo más que

[26] Véase también Ambos, *supra,* nota 1, en pp. 52 y ss.

[27] Ibíd., p. 49.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

una cuestión formal. Además, en cualquier modelo la cooperación entre la policía y el Fiscal es más estrecha cuando se trata de delitos más complicados, como los relativos al crimen organizado.

Este análisis se confirma por la relación entre el Fiscal y la policía. El Fiscal y la policía normalmente sirven, dicho así, a diferentes amos (Ministro de Justicia y Ministro de Interior/Defensa). Así, el Fiscal no puede normalmente imponer sanciones disciplinarias a la policía; sólo puede sugerir tales sanciones. Excepciones (Francia, Italia) confirman la regla.

6. Poderes coercitivos del Fiscal

En general, el Fiscal no puede iniciar medidas coercitivas (que afecten a garantías individuales del sospechoso) sin una autorización judicial.[28] Se puede admitir una excepción en aquellos casos en los que la dilación pueda poner en peligro la buena marcha del proceso. Otra excepción se da como consecuencia de la investigación policial tradicional, durante la cual la policía puede usar poderes coercitivos sin autorización judicial (llamadas *"investigative measures"*).[29] Finalmente, hay también países donde el Fiscal tiene estas facultades (Holanda, Colombia).

Es importante también observar que el Fiscal puede tener ciertas facultades para conseguir pruebas, como por ejemplo ordenar la comparecencia de testigos y la presentación de documentos.

7. Injerencia política

La injerencia política en "casos rutinarios" no parece existir. Ciertamente la respuesta depende mucho del concepto que se tenga de "caso rutinario". Está claro que la injerencia política no opera abiertamente y, por tanto, no sorprende que la mayoría de los informes no la puedan identificar. La injerencia política puede identificarse si las directrices políticas del Ejecutivo regulan el tratamiento de casos rutinarios y sobre todo si el Ejecutivo (Ministro de Justicia) tiene el derecho de interferir en la acusación o no-acusación de ciertos casos. La última situación es poco común.

[28] Ibíd., pp. 51-2.
[29] Ibíd., p. 52.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La injerencia política puede existir en casos "políticamente sensibles".[30] Aquí es evidente el interés de la elite política. La extensión de la injerencia en tales casos pone de manifiesto si el imperio de la ley, en especial la separación de poderes y la igualdad ante la ley en un sistema dado, existe realmente o no. La acusación en estos casos se lleva de la misma manera que cuando se trata de casos normales, si bien se reconoce a nivel más práctico que son fiscales senior o incluso fiscales-jefes quienes pueden estar a cargo de las actuaciones.

El *mandatory prosecution* puede ser considerado un "baluarte" contra la injerencia política en el sentido de que deja al Fiscal menos discreción (o ninguna) para acusar si existe suficiente prueba. Otro posible control de injerencia política es la obligación de hacer pública tal injerencia (propuesta holandesa).

8. Cooperación con los Tribunales Ad Hoc

La cooperación con el ICTY y el ICTR o bien se regula en leyes específicas o bien se basa en la práctica diplomática. Lo último supone –a pesar de las obligaciones internacionales del Estado en cuestión– una amplia discreción de las autoridades nacionales.

Si existe ley de cooperación, es de la mayor importancia que se consideren directamente aplicables las resoluciones y órdenes de los Tribunales Internacionales, aunque esto no sea lo normal. Aunque los sospechosos son entregados (¡no extraditados!) a los Tribunales, sus órdenes son cumplidas de acuerdo con la extradición nacional o leyes de auxilio. En otras palabras: las autoridades nacionales tienen que examinar la compatibilidad de estas órdenes con la legislación nacional. Es interesante el capítulo X de la Ley de Roma al optar por un compromiso entre las tradicionales leyes interestatales de auxilio legal mutuo en materia criminal y un régimen de cooperación *sui generis* que pone de manifiesto que la cooperación entre la nueva CPI y los Estados no puede tratarse sólo con soluciones tradicionales.[31]

[30] Véase también ibíd., en p. 47, donde se afirmaba que "el Ejecutivo sólo puede intervenir en caso de delitos considerados públicos o de interés nacional".
[31] Véase más detalladamente Kreß, Penalties, Enforcement and Cooperation in the ICC Statute (1998), 6 Eur. J. Crime Cr.L.Cr.J, 442 ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CONTROL DE LA POLICÍA POR EL FISCAL *VERSUS* DOMINIO POLICIAL DE LA INSTRUCCIÓN *

OBSERVACIÓN PRELIMINAR **

De acuerdo con el propósito del legislador reformista del siglo XIX, con la creación del ministerio fiscal (*Staatsanwaltschaft*) se persiguieron fundamentalmente tres objetivos:[1] la derogación del tradicional proceso inquisitivo mediante la realización de forma separada de las funciones de acusación y enjuiciamiento por parte de la fiscalía y de los tribunales; la creación de una institución objetiva encargada de la investigación, que al mismo tiempo habría de asumir el papel de guardián de la ley con respecto a la actuación estatal; y finalmente –relacionado con esto último– el control jurídico-estatal de las investigaciones policiales. De este modo, debido a sus amplias competencias en la dirección material, el ministerio fiscal habría de convertirse en "dueño y señor de la instrucción procesal"[2] y también –precisamente con respecto a la policía– en garante de un proceso jurídico-estatal revestido de forma judicial.[3] A este punto de partida

---

* Título original: "Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei *versus* Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens", publicado en alemán en *Jura* 25 (2003), 674-682. Traducción de Teresa Manso Porto, colaboradora científica en el Instituto Max Planck de Friburgo; revisión y actualización del autor.

** Agradezco a mi colega Dr. Jörg Kinzig por importantes referencias. Cand. iur. Martin Viciano Gofferje merece asimismo mi agradecimiento por su apoyo en la composición del texto.

[1] Roxin, "Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft", *DRiZ* 1969, pp. 385 y s.

[2] *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional, BVerfG), en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 231; *cfr.* en la –inabarcable– literatura entre otros Hellmann, *Strafprozeßrecht*, 1998, § 3 núm. marg. 1.

[3] *Cfr.* Riess, *Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts*, Libro-homenaje a Schäfer (1980), p. 155 (194).

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

histórico volveremos posteriormente, sin embargo, merece ser mencionado ya aquí, por cuanto se puede afirmar sin más que la lucha del ministerio fiscal por el control de la policía ha ido dejando huella a lo largo su historia; es más, es tan antigua como la institución misma. Esto no debe perderse de vista si pretendemos hablar desde la perspectiva actual de la contradicción existente entre la situación legal (I) y la realidad del proceso (II) para ocuparnos finalmente de la llamada lucha preventiva contra la delincuencia (III).

I. LA SITUACIÓN LEGAL

1. FUNDAMENTOS

El ministerio fiscal está llamado a ejercer la acusación pública (principio de acusación, § 152 I StPO).[4] Está obligado a intervenir en cualquier hecho penal perseguible, siempre y cuando haya indicios suficientes, es decir, cuando exista lo que se llama una *sospecha inicial* (principio de legalidad, § 152 II). Es quien decide acerca del resultado final de la instrucción procesal en tanto que formula la acusación (§ 170 I) o –por razones de oportunidad (§ 153 y sgs.) o por motivos fácticos o jurídicos (§ 170 II)– dicta el sobreseimiento.

Según la concepción normativa del ordenamiento procesal, el ministerio fiscal debe, tal y como señala el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), "garantizar el correcto transcurso de las investigaciones y ejercer el permanente control jurídico de la actividad de investigación policial...; está obligado a ejercer la función de control y dirección, ...la competencia exclusiva en la dirección material".[5] Según el § 161 I primer inciso, primera alternativa, el fiscal puede incluso asumir él mismo las investigaciones. Sin embargo, eso es sólo una posibilidad teórica, pues no dispone de una policía judicial propia, tal como la conocemos del derecho francés bajo *police judiciaire*,[6] o como

[4] Parágrafos sin designación específica corresponden al Ordenamiento Procesal alemán (*Strafprozeßordnung, StPO*).

[5] *Bundesgerichtshof Strafsachen* (Corte Suprema, asuntos penales = BGHSt), t. 34, p. 215 (217); la misma en *NJW* 1987, p. 1033.

[6] *Cfr.* Görgen, *Die organisatorische Stellung der Staatsanwaltschaft*, 1973, pp. 53 y s.; Rüping, "Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei", *ZStW* 95 (1983), pp. 894 y s.; acerca del control a través del ministerio y del juez de instrucción *cfr.* Cédras, en Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, p. 327.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

existe también en España y Latinoamérica como *policía judicial*.[7] El fiscal alemán es más bien, como lo expresó una vez *Kern*,[8] una "cabeza sin manos" y, como tal, dependiente de la policía. Generalmente, el ministerio fiscal deja que las investigaciones sean realizadas por parte de la policía (§ 161 I, primer inciso, segunda alternativa); ésta, "como brazo prolongado de la fiscalía",[9] está obligada a satisfacer el requerimiento o la instrucción del ministerio fiscal (§ 161 I segundo inciso), está vinculada –en el ámbito represivo– a las órdenes de éste.[10] Se trata de una relación legal de encargo, de un mandato *a iure*, la policía es mandataria del ministerio fiscal.[11]

Se deben distinguir dos categorías de funcionarios de la policía: por un lado, los llamados funcionarios auxiliares de la fiscalía, conforme al § 152 de la Ley de Organización Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) –imitando a los *"officiers de police judiciaire auxiliaires"* franceses–[12] y, por otro, los funcionarios de policía ordinarios, que no poseen el estatus de los funcionarios auxiliares. Dicho estatus se determina a través de reglamentos ejecutivos de los Estados Federales respectivos por grupos (§ 152 II GVG), es decir, se nombran los grupos de funcionarios que deben ser considerados funcionarios auxiliares en el sentido de la ley. Así, por ejemplo, en Baviera se cuentan entre los funcionarios auxiliares del la fiscalía funcionarios de la administración financiera y tributaria, de la policía federal (policía criminal y policía uniformada), de la Administración de montes, caza y pesca, así como de las direccio-

[7] Aquí, sin embargo, es necesario hacer algunas diferenciaciones. Así, según Gómez Colomer, en España no existe una policía judicial en el sentido de un cuerpo policial perteneciente exclusivamente al Ministerio Fiscal, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *supra*, nota 6, pp. 311 y s. Sobre Latinoamérica, *cfr.* Ambos/Woischnik, *ZStW* 113 (2001), pp. 334 y ss., con ulteriores reseñas bibliográficas.

[8] Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, p. 227; *cfr.* asimismo Roxin, *supra*, nota 1, p. 388.

[9] *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Supremo Administrativo = BVerwG), t. 7, p. 255 (263); la misma en *NJW* 1975, p. 893.

[10] Sobre las limitaciones de la facultad de dar instrucciones –que también se deriva del § 152 I GVG – *cfr.* Habel, *Möglichkeiten einer Reform des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren*, 1982, pp. 44 y ss.

[11] *Cfr.* para mayor detalle Görgen, *supra*, nota 6, pp. 89, 123 y 162; asimismo Habel, *supra*, nota 10, p. 47; Kunzmann, *Die Kollision zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei*, 1990, pp. 27 y ss., 157.

[12] *Cfr.* Görgen, *supra*, nota 6, p. 54.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nes de minas del Gobierno.[13] Disposiciones similares se encuentran en los reglamentos de los otros Estados Federales,[14] si bien cabe matizar que no sólo están afectados miembros de la policía criminal, sino también fundamentalmente servicios de categoría intermedia y también sectores de la policía común.[15] Cuando se trata de una tarea encomendada por la fiscalía a funcionarios auxiliares se habla de encargo *("Auftrag")*, mientras que si es a funcionarios de policía ordinarios se habla de requerimiento *("Ersuchen")*.[16] La verdadera diferencia entre funcionarios de policía ordinarios y funcionarios auxiliares estriba en que algunas de las medidas coercitivas previstas en el ordenamiento procesal para casos de "peligro en la demora" no pueden ser adoptadas por funcionarios de policía ordinarios , sino por funcionarios auxiliares –además de por la fiscalía–, como, por ejemplo, una exploración corporal conforme al § 81 a II o un registro domiciliario de acuerdo con el § 105 I.[17]

2. Imprecisiones normativas

Sin embargo, la relación entre policía y ministerio fiscal a nivel normativo no está libre de ciertas imprecisiones. Ello tiene que ver,

[13] Reglamento acerca de los Funcionarios Auxiliares de la Fiscalía de 21 de diciembre de 1995, Bayerisches Gesetz und Verordnungsblatt (BayGVBl.) 1/1996, p. 4.

[14] *Cfr.* por ejemplo el Reglamento del Gobierno Federal de Baden-Württemberg de 12 de febrero de 1996, Gesetzblatt (GBl.) de 6 de marzo de 1996, p. 184; también el Reglamento de Renania del Norte-Westfalia de 31 de agosto de 1982 (GVBl. 592), Änderungsverordnung de 7 de mayo de 1985 (GVBl. 382), así como de Thüringen, de 12 de junio de 1996 (GVBl. 110).

[15] *Cfr.* también Kühne, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 1999, núm. marg. 147; Hellmann, *supra*, nota 2, § 3 núm. marg. 91; Peters, *Strafprozess*, 4. ed. 1985, § 24 IV; detallamente Habel, *supra*, nota 10, pp. 52 y ss., que lamenta que no se haga funcionarios auxiliares a los de mayor graduación.

[16] *Cfr.* Beulke, *Strafprozessrecht*, 5. ed. 2000, núm. marg. 102; Volk, *Strafprozessrecht*, 1999, § 7 núm. marg. 5 y s.; Füllkrug, "Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei", *ZRP*, 1984, p. 193 (194).

[17] Además, la confiscación de acuerdo al § 98 I (*cfr.* también § 111 e I), investigación de otras personas según el § 81 c V, empleo de medios técnicos (§ 100c I) según el § 100 d I, establecimiento con el fin de realizar una detención según el § 131 I, búsqueda y captura según el § 131 c I, medidas para asegurar la persecución o la ejecución según el § 132 II, pesquisas policiales con registro de datos en los casos del § 163 d II, así como seguimientos prolongados según el § 163 f III. Los funcionarios auxiliares disponen además –con independencia del peligro en la demora– de las facultades del § 100b III y § 111 f I.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

por un lado, con el hecho de que la policía y el ministerio fiscal *sirven a dos amos distintos*: la policía está subordinada en el aspecto jurídico-organizativo a los respectivos ministerios estatales del interior, mientras que la fiscalía depende de los ministerios de justicia. En el aspecto disciplinario, el funcionario de policía ordinario solamente está sujeto a sus superiores policiales. El ministerio fiscal, más allá de sus facultades de instrucción y vigilancia, no posee ningún poder disciplinario sobre la policía en el ejercicio de sus funciones represivas.[18] Ya en la Exposición de Motivos de la Ley de Organización Judicial se caracterizó a la relación entre ministerio fiscal y la policía como "inacabada e indeterminada en cuanto a sus límites", "pues no existe un vínculo organizativo entre ambos".[19] Últimamente se la ha calificado de "inestable".[20] En este sentido, se ha manifestado tempranamente la sospecha de que uno debe conformarse conscientemente con esta indeterminación, a fin de no someter la supuesta eficacia policial a mayores limitaciones. Así, *Mittermaier* ya recogía la opinión de "que con una escasa libertad de movimientos y una posición de la institución policial en la que la discrecionalidad para disponer lo conveniente según las necesidades del caso concreto ha de ser traspasada, la buena efectividad de la policía no está garantizada".[21]

Sobre esto, el derecho vigente –y ya incluso el Ordenamiento Procesal del Imperio– resulta contradictorio en cuanto que faculta a la policía –dentro del marco del llamado primer asalto[22] o, como decimos hoy en día, la *primera intervención*[23]– "a investigar hechos penales y a dictar todas las órdenes que no permitan dilación..." (§ 163 I primer inciso), pero, por otro lado, obliga a que dé traslado de las "actuaciones sin demora" al ministerio fiscal (§ 163 II segundo inciso) y la somete de manera general a las órdenes de la fiscalía (§ 161 I). Esto se ha interpretado siempre por parte de la postura tradicional como que el mandato policial a través del ministerio fiscal conforme al § 161 I constituye lo que el or-

[18] *Cfr.* Görgen, *supra*, nota 6, p. 112; Habel, *supra*, nota 10, pp. 47 y ss.

[19] *Cfr.* Hahn, *Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz*, Sección 1, 1879, p. 153.

[20] *Cfr.* Rüping, *supra*, nota 6, p. 916.

[21] Mittermaier, *Gesammelte Schriften* 14 (1862), p. 41; cit. según Rüping, *supra*, nota 6, p. 897.

[22] Así todavía en el derecho prusiano, *cfr.* Görgen *supra*, nota 6, pp. 40 y ss.

[23] *Cfr.* Pfeiffer, *Strafprozeßordnung*, 3. ed. 2000, § 163 núms. margs. 1 y 2.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

denamiento procesal considera como caso general, mientras que la facultad de la primera intervención de conformidad con el § 163 I es solamente una *facultad de urgente necesidad*, es decir, una excepción.[24] En contra de dicha relación de regla-excepción, esto es, del sometimiento estricto de la policía, habla, sin embargo la asignación ilimitada de funciones con carácter general dentro de la primera intervención, es decir, "investigar hechos penales y adoptar todas las medidas que no admitan demora, para evitar que se entorpezca la causa".[25] Además, la última Ley de Reforma del Procedimiento Penal (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVÄG*) de 2 de agosto del 2000, ha convertido la asignación originaria de funciones contenida en los §§ 161 I y 163 I en una *cláusula general de investigación*.[26] Si bien ello ha de contener únicamente la facultad de adoptar medidas de investigación que sean menos intensivas en cuanto a recorte de derechos fundamentales que en el caso de las medidas coercitivas individuales (*Einzeleingriffsermächtigungen*),[27] lo cierto es que la policía también está facultada –en el marco de esta primera intervención ("con este fin")– "para llevar a cabo investigaciones de todo tipo"; se le otorga, por tanto, una *facultad de investigación* procesal penal.[28] Esta facultad adquiere mayor significado si se la considera dentro del contexto de la discusión acerca de la competencia de la policía para la adopción de las llamadas investigaciones previas, investigaciones en estadio previo o investigaciones iniciales. Sobre ello se volverá más adelante.

Finalmente, en este contexto debe también advertirse del hecho de que la disposición legal de dar traslado de las "actuaciones sin demora" del § 163 II –tomando como base una sentencia del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) del año 1883– desde siempre se ha

[24] *Cfr.* Peters, *supra*, nota 15, § 24 Ap. 3; Pfeiffer, *supra*, nota 23, § 163 núm. marg. 10; *cfr.* asimismo Görgen, *supra*, nota 6, pp. 69 y s., que pretende limitar las competencias de la policía a las medidas imposponibles.

[25] *Cfr.* Karlsruher *Kommentar-Wache*, 4. ed. 1999, § 163 núm. marg. 4; Rüping, *supra*, nota 6, pp. 65 y ss.; Habel, *supra*, nota 10, pp. 41 y ss.

[26] *Cfr.* Hilger, "Zum Strafverfahrensänderungsgesetz", 1999 (StVÄG 1999) – Parte 1, *NStZ* 2000, pp. 561 (563 y s.).

[27] Ejemplos en ibídem, 564; de la misma opinión Murmann/Grassmann, "Die strafprozessuale Zusatzfrage im Ersten Juristischen Staatsexamen, Juristische Schulung (JuS)" anexo al fascículo 3/2001, p. 1 (6).

[28] *Cfr.* Pfeiffer, *supra*, nota 23, § 163 núm. marg. 2. Críticamente, P. A. Albrecht, "Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren", *StV* 2001, p. 416 (419), que habla incluso de "violación constitucional".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

interpretado con relativa generosidad en el sentido de que la obligación de entrega no surge hasta que se haya "actuado", es decir, se haya investigado algo.[29] Así, "sin demora" significa después del aseguramiento imposponible de las pruebas, de las debidas actuaciones de investigación y de su documentación escrita en el sumario.[30]

Ahora bien, en esta discusión no debe perderse de vista la *dimensión histórica*. Si en el proceso inquisitivo de la primera mitad del siglo XIX era práctica habitual que los funcionarios de policía monopolizasen completamente la fase de instrucción y entregasen el asunto al tribunal penal una vez que el supuesto de hecho estuviese totalmente investigado y listo para su enjuiciamiento definitivo por parte del tribunal,[31] con la creación de la fiscalía y la introducción de un procedimiento penal reformado durante la segunda mitad del siglo XIX primero en Prusia, a la policía se contrapuso un órgano de control jurisdiccional,[32] si bien no se alcanzó un control total de ella por parte de la fiscalía.

En el año 1845 el célebre *v. Savigny*, entonces ministro prusiano de legislación, acordó con el nuevo Ministro de Justicia *Uhden*: "el ministerio fiscal debe mostrarse efectivo no solamente en interés del Estado, sino también en grado similar en favor del acusado, esto es, para su defensa. Ello contribuirá esencialmente a lograr el acuerdo público para la nueva implantación que se pretende y a rebatir la opinión de que sólo se ponen las miras en proporcionarle al Estado nuevos postes, particularmente en los crímenes políticos".[33] Consecuentemente, también la policía habría de someterse al control del ministerio fiscal, como resulta por ejemplo del voto de *v. Savigny* de 17 de diciembre 1845: "precisamente en las... operaciones de la policía subyace el peligro de una infracción jurídica y la experiencia muestra cómo no pocas veces los agentes de policía inferiores... incurren en semejantes infracciones".[34]

[29] *Cfr.* Görgen, *supra*, nota 6, pp. 68 y s.; Habel, *supra*, nota 10, pp. 63 y s.

[30] *Cfr.* Pfeiffer, *supra*, nota 23, § 163 núm. marg. 10; asimismo, entre otros *AK-Achenbach*, tomo 2, Parte 1, 1992, § 163 núm. marg. 25.

[31] *Cfr.* Schünemann, *Polizei und Staatsanwaltschaft* – Parte 1, "Kriminalistik" 1999, p. 74 (76 y ss.).

[32] *Cfr.* Görgen, *supra*, nota 6, pp. 48 y ss.; Habel, *supra*, nota 10, pp. 15 y ss., 24 y s.; en detalle, Collin, *"Wächter der Gesetze" oder "Organ der Staasregierung"? Konzipierung, Einrichtung und Anteilung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium*, 2000, pp. 62 y ss.; asimismo Füllkrug, *supra*, nota 16, pp. 193 y ss.

[33] Cita según Otto, *Die preussische Staatsanwaltschaft*, Berlin 1899, p. 35. Según Collin, *supra*, nota 32, pp. 77 y s., la concepción original provenía de Friedberg, colaborador de Uhden, mientras que Savigny únicamente dio su conformidad.

[34] Cita según Otto, *supra*, nota 33, pp. 40 y s.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Posteriormente, en la "Promemoria del Ministro del Estado y del Ministro de Justicia v. Savigny y Uhden acerca de la implantación del ministerio fiscal", el 23 de marzo de 1846, éste se obligó "como guardián de la ley... a intervenir desde el comienzo para que en todas partes la ley resulte satisfecha", extendiéndose el control jurídico del ministerio fiscal de manera expresa "a operaciones policiales precedentes", "pues de otro modo una parte del proceso esencial y a menudo muy prejuzgadora quedaría excluida a su control".[35]

Básicamente, el ministerio fiscal había de ser concebido como *órgano de control* de la policía. Sin embargo, no se puede ignorar que por otra parte el ministerio fiscal siempre fue visto como órgano del Estado y representante de sus intereses,[36] y ya entonces se manifestó la crítica de que un control por parte de la fiscalía obstaculizaría una actividad policial efectiva.[37] Se sugirió, por tanto, que entre un procedimiento de instrucción jurídico-estatal y la eficiencia policial existe una contradicción irresoluble, una visión de las cosas conocida hasta la actualidad. Finalmente, el reglamento prusiano de 3 de enero de 1849 sometió a la policía a un (limitado) derecho de instrucción ("derecho de requisición") del ministerio fiscal, pero subordinó a éste al ministerio de justicia y a la policía le dejó la facultad de investigar autónomamente.[38] Si bien con ello fracasaba la concepción originaria de uno de los colaboradores de Uhden, *Friedberg*, consistente en conceder al ministerio fiscal el "imperio material" sobre la policía en el sentido de una facultad de control y ordenanza absolutos,[39] con la institucionalización del ministerio fiscal se alcanzó al menos un *contrapeso* a la policía. Una mirada en la historia confirma la tesis ya formulada al principio: la lucha del ministerio fiscal por el control de la policía es tan antigua como la institución misma. Por lo demás, la idea de un *control jurisdiccional externo* de las investigaciones policiales se ha

[35] Cita según Otto, *supra*, nota 33, pp. 40 y s.; crítico con la trascendencia de la Promemoria Collin, *supra*, nota 32, p. 37.

[36] *Cfr.* Collin, *supra*, nota 32, pp. 64 y ss.

[37] *Cfr.* Habel, *supra*, nota 10, p. 30; Collin, *supra*, nota 32, p. 78.

[38] *Cfr.* § 4 del Reglamento de 1849, en Collin, *supra*, nota 32, p. 205; también ibídem, pp. 91 y ss.; Rüping, *supra*, nota 6, p. 896; Roxin, "Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals uns heute", *DRiZ* 1997, p. 109 (111). Sobre la Ley de 1846, *cfr.* Collin, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

[39] Collin, *supra*, nota 32, pp. 85 y s., 205, 210; además, el derecho de requisición de la fiscalía se interpretó como un mero derecho de petición a los funcionarios de policía (ibídem, pp. 208 y s.). Acerca de los posteriores (vanos) esfuerzos hacia un control de la policía: ibídem, pp. 218 y ss. (221).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

implantado en casi todos los ordenamientos continentales europeos[40] –a excepción de Dinamarca–, mientras que en los procedimientos penales angloamericanos, como es conocido, las investigaciones *("investigation")* las lleva a cabo la policía de una manera prácticamente autónoma, y sólo tiene lugar un control interno dentro de la jerarquía policial.[41]

II. LA REALIDAD DEL PROCESO

En la práctica, tanto los que actúan dentro de la administración de justicia como los que se dedican a la ciencia jurídica critican en igual medida el dominio policial en la fase de investigación, el cual ha dejado poco a la idea legal de un ministerio fiscal que sea amo y señor del procedimiento de investigación. Así, señala con resignación la Fiscal Superior Jefe *Margarete Bräutigam* que miembros veteranos del ministerio fiscal al oír el término "facultad de dirección" resoplaban negando con la cabeza y que posición y realidad jurídicas eran ya dos cosas totalmente distintas.[42] Según la opinión del Fiscal Superior de Munich *Manfred Wick*, la policía ha invadido el terreno del ministerio fiscal precisamente en el campo de la lucha preventiva contra la criminalidad y domina partes de la fase de investigación sin estar sujeta a control alguno.[43] En investigaciones científicas se critica que en la realidad del proceso, con respecto a amplios ámbitos de criminalidad, la fiscalía sólo aparece en el esclarecimiento de los hechos y la adquisición de información en la fase diligencias previas como una figura marginal.[44] La expresión

[40] *Cfr.* Gleß, en: Gleß/Grote/Heine (eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, tomo 1, 2001, pp. 660 y ss.; Ambos, en Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.) *supra*, nota 6, pp. 513 y ss.; también el mismo, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J 8 (2000), p. 89 (105 f.).

[41] *Cfr.* Ambos, *supra*, nota 6, pp. 512 y s.; también el mismo, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J 8 (2000), p. 89 (105 f.); Gleß, *supra*, nota 40, p. 662.

[42] Bräutigam, "Probleme der Sachleitungsbefügnis der Staatsanwaltschaft", *DriZ* 1992, p. 214.

[43] *Cfr.* Wick, "Gefahrenabwehr – Vorbeugende Verbrechensbekämpfung – Legalitätsprinzip", *DRiZ* 1992, pág 217 (222); *cfr.* también ya Kuhlmann, "Gedanken zum Bericht über das Verhältnis 'Staatsanwaltschaft und Polizei'", *DRiZ* 1976, p. 265 (266); "Schoreit, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens", *StV* 1989, p. 499 (450).

[44] *Cfr.* fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, pp. 90 y ss., 303 y ss.; también Lilie, "Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren", *ZStW* 106 (1994),

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"*policialización*" (*Verpolizeilichung*) en la fase de instrucción, e incluso en todo el proceso penal –por cierto, también en otros ordenamientos jurídicos de la Europa continental–[45] hace la ronda, entendiéndose por tal, en general, el creciente papel dominante que juega la policía en la investigación de los hechos.[46] En concreto, esto significa que en los ámbitos de la criminalidad menor y media la policía dirige las investigaciones de manera prácticamente autónoma,[47] es decir, averigua los hechos con independencia y solamente informa a la fiscalía –"sin demora"– cuando obtiene un resultado de la investigación que esté listo para ser presentado. Por el contrario, la fiscalía ejerce más decididamente sus facultades de dirección en la investigación de crímenes capitales, como el asesinato o el homicidio, y en la criminalidad económica tradicional.[48] Esta situación es objetable debido a la conocida dependencia de la fiscalía del resultado de las investigaciones policiales[49] y la "revaloración" de la criminalidad por parte de la policía.[50]

p. 625 (626). Wolter, "Datenschutz und Strafprozeß", *ZStW* 107 (1995), p. 793 (813, 826), lamenta que el moderno derecho procesal penal de seguridad, entre otras cosas, disimula la facultad de dirección material de la fiscalía. Para Roxin *(supra,* nota 38, p. 119), "hoy la opinión general es que no es la fiscalía el dueño y señor de la fase previa, sino que las investigaciones, bajo inobservancia del § 163 II 1, se realizan básicamente por la policía bajo su propia responsabilidad" (de manera similar, el mismo, *Strafverfahrensrecht,* 25. ed. 1998, § 10 núm. marg. 34). Schünemann, *supra,* nota 31, p. 146, advierte que la policía ha pasado de ayudante a amo oculto del proceso penal; *cfr.* asimismo Habel, *supra,* nota 10, pp. 2, 41 y ss., 199.

[45] *Cfr.* Gleß, *supra,* nota 40, p. 661.

[46] *Cfr.* por ejemplo Paeffgen, "'Verpolizeilichung' des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?", en Wolter (ed.), *Symposium für Rudolphi,* 1995, p. 13 (14) con ulteriores reseñas bibliográficas; *cfr.* asimismo Schoreit, *supra,* nota 43, p. 449; Schaefer, *Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft* – Polizei, Libro-homenaje Hanack (1999), p. 191 (196); Schünemann, *supra,* nota 31, p. 78; Albrecht, *supra,* nota 28, pp. 417 y ss.

[47] *Cfr.* fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra,* nota 44, pp. 90 y ss., 303 y s.; también Paeffgen, *supra,* nota 46, p. 14; Wick, *supra,* nota 43, p. 219.

[48] *Cfr.* diferenciadamente Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra,* nota 44, pp. 161 y ss., 268 y ss., 304; también, entre otros, *Bräutigam, supra,* nota 42, pp. 215 y s.; Hellmann, *supra,* nota 2, § 3 núm. marg. 58; Roxin, *supra,* nota 38, p. 120.

[49] Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra,* nota 44, pp. 81 y ss., 86, 307 y s., 317, 322 y s.

[50] Fundamentalmente Steffen, "Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens", 1976, pp. 292 y ss. y *passim;* el mismo, "Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit, Kriminalistik", 1976, pp. 97 y ss.; Kaiser, Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Sin embargo, puede decirse sin caer en la exageración que el Ejecutivo ha intentado adaptar la situación normativa a la real a través de ciertas recomendaciones o mediante la promulgación de disposiciones de rango inferior a ley. Un ejemplo de lo primero son las "directrices sobre la nueva configuración de las relaciones entre la policía y el ministerio fiscal",[51] aprobadas en el año 1975 por la Conferencia de Ministros de Interior y de Justicia, en cuyo núm. 7 d) se aboga, por ejemplo, en favor de una facultad general de la policía de encargarse autónomamente del procedimiento dentro de un plazo –prorrogable– de diez semanas a partir de la fecha de presentación de la denuncia o del comienzo de las investigaciones.[52] Con ello, si bien es cierto que no se opta explícitamente por una instrucción policial, sí se renuncia a un procedimiento de investigación que esté plenamente en manos de la fiscalía.[53] Aún más importantes son, sin duda, las directivas comunes del *Bund* y de los *Länder* para el proceso penal y el procedimiento de imposición de multas (*Bußgeldverfahren, RiStBV*).[54] Allí se puede leer en el núm. 3 ap. 1 "que la fiscalía... en los casos *relevantes* o... *difíciles* (deberá) esclarecer ella misma el supuesto de hecho desde la primera intervención",[55] de lo que se deduce a contrario que esto no es aplicable en los casos de criminalidad menor o media, esto es, la criminalidad en masa, por cuanto que aquí, ya por disposición normativa, se le deben asignar a la policía facultades de investigación con una amplia autonomía. Si bien la fiscalía, de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 3 ap. 2 RiStBV,

Max Planck Institut", *ZStW* 83 (1971), p. 1093 (1110 y s.); también Kuhlmann, *supra,* nota 43, p. 268, así como también desarrolladamente y con referencias Habel, *supra,* nota 10, pp. 58 y ss. Sobre la a menudo temprana suposición policial de dolo de homicidio debido a una orientación excesivamente parcial al resultado de la acción, *cfr.* Sessar, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität,* 1981, pp. 208 y ss. y *passim;* Eisenberg, *Kriminologie,* 5. ed. 2000, § 45 núm. marg. 15; *cfr.* también Kaiser, *Kriminologie,* 3. ed. 1996 § 37 núms. margs. 24 y ss.; Bock, *Kriminologie,* 2. ed. 2000, núms. margs. 262 y ss.

[51] *Cfr.* Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra,* nota 44, pp. 95 y ss.; críticamente Kuhlmann, *supra,* nota 43, pp. 266 y ss.; también Roxin, *Strafverfahrensrecht,* 25. Aufl. 1998 (edic. en castellano de Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, Buenos Aires, 2000), § 10 núms. margs. 34 y s.

[52] Reproducción en Kuhlmann, *supra,* nota 43, p. 266 en nota 7.

[53] *Cfr.* Kuhlmann, ibíd.

[54] Reproducción en Kleinknecht/Meyer-Goßner, *StPO,* 44. ed. 1999, pp. 1813 y ss.

[55] Cursiva del autor.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

debe *dirigir* las investigaciones también en estos casos y, especialmente, puede disponer medidas concretas relativas a la clase de actos de investigación específicos y a su ejecución, ya no se puede hablar *stricto sensu* del ejercicio de la dirección material cuando la fiscalía únicamente decide sobre la base de los *resultados* de la investigación obtenidos autónomamente por la policía.[56]

El reparto de competencias descrito en el caso de las formas tradicionales de criminalidad se debe fundamentalmente a que, por regla general, es la policía la que primero toma conocimiento de los hechos penales –por medio de denuncia o de otro modo– mientras que la fiscalía ya no está personalmente en disposición de perseguir ella misma cualquier hecho sospechoso.[57] En los casos fáctica y jurídicamente sencillos se podría sostener que tiene sentido también desde un punto de vista práctico que la policía haga una "primera investigación" del asunto y que remita las "actuaciones" al ministerio fiscal cuando pueda mostrar un resultado de las investigaciones procesalmente significativo,[58] sobre todo teniendo en cuenta que también en este caso el ministerio fiscal conserva una notable influencia a través de su facultad de disponer medidas y especialmente la de concluir la investigación (§ 170). Desde esta óptica es perfectamente comprensible que la actual discusión jurídico-política y dogmática gire menos en torno a la criminalidad tradicional y más en torno a la lucha contra el llamado "crimen organizado" a través de investigaciones previas a la comisión del delito. Este aspecto tiene que ser abordado más detenidamente.

III. CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LUCHA PREVENTIVA CONTRA LA DELINCUENCIA

1. FUNDAMENTOS

La prevención de delitos o investigaciones en estadio previo consiste en medidas policiales de inquisición e investigación que se lle-

[56] *Cfr.* de manera similar Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra*, nota 44, p. 92.

[57] Sobre los (otros) motivos del dominio policial en la criminalidad tradicional *cfr.* Habel, *supra*, nota 10, pp. 62 y ss.; también Lilie, *supra*, nota 44, pp. 627 y ss.; Roxin, *supra*, nota 38, pp. 119 y s.

[58] *Cfr.* entre otros Hellmann, *supra*, nota 2, § 3 núm. marg. 62; *AK*-Achenbach, *supra*, nota 30, § 163 núm. marg. 4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

van a cabo con ocasión de una sospecha inicial en el sentido del § 152 II StPO y que tienen como meta sondear un ámbito turbio o medio social determinado en el que se supone la comisión (futura) de delitos.[59] Aquí se trata enteramente de piezas de investigación que se dirigen contra la llamada criminalidad organizada (*CO*). Ésta está definida en el núm. 2. 1. del Anexo E a la RiStBV de la forma siguiente:

"Criminalidad organizada es la comisión de hechos penales planificada y determinada por la ambición de lucro o poder, la cual, individualmente o en su conjunto, adquiere notable relevancia cuando más de dos partícipes actúan bajo división de trabajo durante un tiempo prolongado o indeterminado:

a) empleando estructuras industriales o semicomerciales,

b) empleando la fuerza u otros medios idóneos para la intimidación, o

c) ejerciendo influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía".[60]

Según la RiStBV las manifestaciones de la CO no sólo son multiformes, sino que se pueden detectar en casi todos los ámbitos de la criminalidad que quepa imaginar, desde el tráfico de drogas hasta el robo domiciliario con reparto centralizado del botín, pasando por la

[59] *Cfr.* entre otros Weßlau, *Vorfeldermittlungen – Probleme der Legalisierung vorbeugender Verbrechensbekämpfung aus prozessualer Sicht*, 1989, p. 27; Schüler *Springorum, Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 248; Merten/Merten, "Vorbeugende Verbrechensbekämpfung", *ZRP* 1991, p. 213 (217); Kniesel, "Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit – eine unendliche Geschichte", *ZRP* 1992, pp. 164 y s.; Lisken, Vorfeldeingriffe im Bereich der Organisierten Kriminalität – gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?", *ZRP* 1994, p. 264 (265); Wolter, *supra*, nota 44, p. 824; Hoppe, *Vorfeldermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 1999, pp. 25 y ss.; Artzt, *Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen*, 2000, pp. 11 y ss.

[60] En Kleinknecht/Meyer-Goßner, *supra*, nota 54, p. 1914. La definición tiene su origen en una definición de un grupo de trabajo de los ministros y senadores de justicia y de los ministros y senadores de interior de los *Länder* del año 1990 (*cfr.* Hoppe, *supra*, nota 59, pp. 172 y s.; Kinzig, "Organisierte Kriminalität und ihre Einflussnahme auf Polizei, Wirtschaft und Justiz in Deutschland", en Militello/Arnold/Paoli (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, 2000, p. 191 (196 y s.); Gropp, en Gropp/Huber (eds.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, p. 65 (84).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

trata de personas.[61] La consideración de un determinado supuesto de hecho como criminalidad organizada ha de ser posible con arreglo a numerosos indicadores, aunque sólo unos pocos son precisos.[62]

En el fondo, en este concepto de CO, estructurado aquí *grosso modo*, de lo que se trata es de abarcar cualquier práctica punible

[61] Según el Núm. 2.2 de Anexo E RiStBV, las formas de manifestación de la criminalidad organizada son "múltiples. Junto a formas de organización estructuradas, construidas jerárquicamente (a menudo respaldadas auxiliarmente a través de la solidaridad étnica, la lengua, las costumbres, el entorno social o familiar) se encuentran –sobre la base de un sistema de conexiones personales o comerciales criminalmente útiles– concentraciones de autores criminales con distintos grados de vinculación de las personas entre sí, cuya concreta configuración se determina a través de los respectivos intereses criminales". El Núm. 2.3 menciona numerosos ámbitos de criminalidad, si bien los hechos penales en relación con el terrorismo están expresamente excluidos en el Núm. 2.1 (Kleinknecht/Meyer-Goßner, *supra*, nota 54, p. 1914).

[62] El Núm. 2.4 Anexo E RiStBV remite, en este sentido, a los siguientes "indicadores generales para reconocer sucesos relevantes desde el punto de vista de la criminalidad organizada" (Kleinknecht/Meyer-Goßner, *supra*, nota 54, pp. 1919 y ss.);

– **Preparación y planificación del hecho penal:** planificación precisa; adaptación a las exigencias del mercado a través del aprovechamiento de las lagunas del mercado, reconocimiento de necesidades o similares; trabajo a encargo; altas inversiones, por ejemplo, a través de financiación anticipada proveniente de fuentes desconocidas. – **Ejecución del hecho penal:** ejecución cualificada, precisa y profesional del hecho; empleo de conocimientos y medios económicos proporcionadamente más caros, desconocidos o difíciles de poner en marcha; actuación de especialistas (también del extranjero); actuación mediante división del trabajo. – **Aprovechamiento del botín obtenido a través del hecho penal:** fuerte orientación a la obtención de beneficios; reflujo al curso económico legal; enajenaciones en el marco de actividades económicas (legales) propias; medidas de lavado de dinero. – **Comportamientos conspiradores por parte del autor:** contraobservación; aislamiento; nombres falsos; codificación del idioma y la escritura. – **Contactos del autor/circunstancias del hecho:** suprarregional; nacional; internacional. – **Estructura de los grupos:** construcción jerárquica; un comportamiento no explicable a simple vista de autoridad y dependencia entre varios sospechosos; sistema interno de sanciones. – **Ayuda para miembros del grupo:** apoyo en la huida; contratación de ciertos abogados y pago de honorarios a través de terceros; llevar poderes de representación ya preparados para abogados; altas ofertas de fianza; amenaza e intimidación de partícipes en el proceso; inexistencia de testigos; típico silencio por temor por parte de los afectados; aparición repentina de testigos de descargo; asesoramiento en la prisión preventiva o en la condena; asistencia a parientes; readmisión tras la puesta en libertad. – **Corrupción:** inclusión en el estilo de vida lujoso del autor; generación de dependencias (por ejemplo a través del sexo, juegos de azar prohibidos, créditos o intereses usureros); pago de sobornos, entrega de viviendas de vacaciones, vehículos de lujo, etc. – **Afán de monopolio:** "Adquisición" de empresas

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de tipo *industrial* o *semicomercial* desempeñada por más de dos personas o –según los baremos internacionales– por tres personas.[63] Se trata, por lo tanto, de manera predominante –y aquí resulta clara la influencia de la *"illegal-enterprise Theorie"* estadounidense–[64] de "criminalidad de dominio económico",[65] o lo que es lo mismo –expresado de modo más neutral–, *criminalidad económica organizada de forma colectiva*.[66] Por el contrario, el ejercicio de influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía sólo se exige alternativamente ("o"), pues la infiltración social que esto conlleva, aunque es sostenida una y otra vez desde el sector policial,[67] no se puede demostrar empíricamente, al menos en lo que respecta a la República Federal Alemana.[68] La política criminal nacional actúa aquí, *nolens volens*, sin solidez cien-

comerciales o participaciones; dirección de empresas comerciales por medio de testaferros; control de determinados sectores comerciales (casinos, burdeles); "garantía de protección" a cambio de un pago por los procedimientos penales o de imposición de multa. – **Actividades públicas:** publicaciones con una orientación determinada o carácter tendencioso; mecenazgo ostentoso, entre otros, de actividades deportivas; búsqueda de contacto con personajes de la vida pública.

Críticamente, Wessel, Organisierte Kriminalität und soziale Kontrolle, 2001, pp. 55 y ss, con otras referencias bibliográficas.

[63] *Cfr.* Art. 2 (a) UN Convention against Transnational Organised Crime de 2.11.2000, UN Doc. A/55/383

[64] Paoli, "Das organisierte Verbrechen in Italien und Deutschland", en Militello/Arnold/Paoli (eds.) *supra*, nota 60, p. 58.

[65] Arnold, "Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten", en Militello/Arnold/Paoli (eds.) *supra*, nota 60, p. 95; asimismo Gropp, *supra*, nota 60, pp. 331 y ss.

[66] *Cfr.* de manera similar Albrecht, *Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozeßreformen in Deutschland*, en *Libro-homenaje a Nishihara* (1998), tomo 5, p. 311 (318), para quien los elementos de la definición de CO no permiten una diferenciación entre CO y comercio económico organizado; crítico también Wessel, *supra*, nota 62, p. 54, con otras referencias bibliográficas; Volk, *Libro-homenaje a Roxin* (2001), p. 563 (570).

[67] Últimamente, en un congreso científico de la Fundación Friedrich Ebert, *cfr.* FAZ de 22.5.01.

[68] *Cfr.* Albrecht, *supra*, nota 66, p. 317: Si el peligro potencial de la CO efectivamente reside en el "efecto demoledor para el sistema democrático" y su reverso es la corrupción, entonces un concepto fundamentado teóricamente sería muy difícil de elaborar y una base empírica resultaría de todo punto imposible; en cualquier caso, los cuadros informativos hasta ahora existentes no son adecuados. *Cfr.* también Kinzig, *supra*, nota 60, pp. 197, 205, 217.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tífica.[69] lo cual sorprende muy poco si se recuerda que en Alemania el concepto fue admitido en la corte a raíz del exitoso, pero desde luego carente de fundamentación científica, best-seller *"Der Mob" (La chusma)*, del periodista bávaro Dagobert Lindlau.[70] Pero si la supuesta peligrosidad de la CO de facto no existe o no en la magnitud que se propaga por parte policial,[71] a la estrategia en estadio previo en cierta medida le falta una razón de ser. Con ello debería ser claro que ya desde un punto de vista meramente lógico sólo se puede hablar de una cosa –estrategias en estadio previo– cuando la otra –la CO como su objeto de investigación– esté definida exacta o, al menos, más exactamente.

Para evitar malentendidos, no se trata aquí de llevar a cabo una purga de conceptos ni de cuestionar que existen (y que siempre ha habido) formas organizadas de criminalidad. En este sentido, me puedo remitir a mis propias investigaciones de campo en Colombia, Perú y Bolivia.[72] Sin embargo, la definición oficial de CO como criminalidad económica organizada de forma colectiva debe ser analizada críticamente, pues proporciona un concepto de CO tan *carente de contornos* que ya no es capaz de cumplir su función de legitimar un derecho penal especial de seguridad.[73] No queda mucho para llegar a la afirmación de que, "por principio", las estrategias en estadio previo son necesarias porque el sometimiento a las posibilidades procesal-penales impide "una eficiente lucha contra la criminalidad".[74] Aquí, al parecer, se fundamenta la "policialización" en la lucha contra la CO por medio, no sólo de la necesidad, sino también de la supuesta *efectividad* de la lucha preventiva contra el delito. Esto, sin embargo, puede demostrarse tan poco empíricamente como la misma CO. La muy controvertida discusión muestra al menos que una ciencia del derecho penal moderna y sobre todo también una política criminal no pueden sobrevivir sin una investigación criminológica de sus fundamentos.[75]

[69] Kinzig, *supra*, nota 60, p. 192; crítico asimismo Lisken, *supra*, nota 59, p. 264.

[70] *Cfr.* instructiva y críticamente Schüler, *Springorum*, *supra*, nota 59, pp. 237 y ss.

[71] Dudas entre otros en Kinzig, *supra*, nota 60, p. 192.

[72] *Cfr.* Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, pp. 38 y ss., 56 y ss., 88 y ss., 115 y ss. Acerca de la historia de Pablo Escobar, *cfr.* entre otros Bowden, *Killing Pablo*, 2001.

[73] *Cfr.* de nuevo Wessel, *supra*, nota 62, pp. 71 y ss., 217 y s. y *passim*; *cfr.* asimismo Albrecht, *supra*, nota 66, p. 317, según el cual, hoy no se puede pasar por alto que existe un cierto desvalimiento, cuando no una crisis, en los intentos de describir la CO de forma comprensible.

[74] Kniesel, *supra*, nota 59, p. 164.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2. Lucha preventiva contra el delito y Estado de Derecho

Supuesta la existencia de CO –a pesar del necesario escepticismo en la base científica–, se plantea naturalmente la cuestión de cómo puede uno hacerse dueño de semejante fenómeno de la criminalidad sin estrategias proactivas. No se puede poner en duda que, como consta en el Anexo E a la RiStBV bajo el rótulo "investigaciones iniciales", la CO se manifiesta rara vez por sí sola, pues en este ámbito casi no se interponen denuncias. Esto se debe especialmente a que en el caso de la CO se trata de una forma de criminalidad que no genera "verdaderas" víctimas, de manera que ya por eso tiene que prescindir –contrariamente a lo que sucede en la criminalidad clásica– de personas directamente afectadas que sean testigos presenciales. En caso de que haya víctimas y/o testigos inmediatos, estos normalmente no se muestran muy dispuestos a cooperar por miedo a represalias. Tampoco se puede ignorar que las formas de criminalidad que en su mayor parte operan de forma anónima y neutral son difíciles de identificar y de delimitar espacial y personalmente. Por ello, el esclarecimiento y la persecución eficaz de la CO presupone, como se indica en el Anexo E a la RiStBV, que la fiscalía y la policía, en el marco de sus competencias legales, recaben por sí mismas informaciones o reúnan las que ya posean a fin de lograr un enfoque para nuevas investigaciones, es decir, que realicen las llamadas *investigaciones iniciales*. Por lo que respecta a la sospecha inicial, ésta tendría ya lugar cuando según la experiencia criminalística exista una posibilidad aun pequeña de que se haya cometido un hecho penal perseguible. Incluso cuando la existencia de una sospecha inicial sea poco clara, los órganos de persecución penal podrían buscar enfoques para nuevas investigaciones con la finalidad de su esclarecimiento. Por la especial peligrosidad de la CO, en el supuesto de puntos de partida en relación a hechos penales, se deben agotar, por regla general, las posibilidades de esclarecimiento.

[75] *Cfr.* nuevamente Albrecht, *supra*, nota 66, p. 338, que denuncia la falta de investigación empírica, especialmente de evaluación, y reclama apoyos.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Propiamente se trata en dichas investigaciones iniciales, esto es, en la lucha preventiva contra la delincuencia, no de la persecución *reactiva* de una sospecha inicial en el sentido del § 152 II, sino de *obtención proactiva* de sospecha, regularmente mediante la *cumulación* de diferentes actos de investigación.[76] Aquí, como quedó probado en un reciente estudio de *Matthias Artzt*,[77] juegan un papel, por un lado, meras *suposiciones* criminalísticas; éstas se considerarían como primer escalón en el camino hacia la configuración de una sospecha, y no se basarían en la existencia de puntos de partida fácticos, sino que tendrían que ver con el traslado de una idea a la realidad.[78] Por otro lado, habría una sospecha general o *pre-sospecha* que, como estadio previo inmediato a la verdadera sospecha inicial, estaría caracterizado por tratarse de una situación incierta de sospecha y por la existencia de un indicio más bien general.[79] El cuadro resultante es claro: la lucha preventiva contra la criminalidad se ha separado en gran medida del umbral procesal-penal de la sospecha inicial. De facto, tiene lugar un *procedimiento de diligencias policiales previas*, cuya finalidad principal consiste en darle cuerpo de sospecha concreta a suposiciones criminalísticas de todo punto subjetivas.[80] El procedimiento de diligencias previas común, previsto en el ordenamiento procesal penal,[81] se convierte en maculatura normativa.

Las objeciones desde consideraciones del Estado de Derecho frente a una *fase policial de obtención de sospechas* previa a la sospecha inicial procesal-penal son obvias: la revaloración policial de la criminalidad demostrada en estudios criminológicos[82] adquiere nueva cualidad, pues la policía sienta "proactivamente" los puntos básicos de la investigación de forma completamente autónoma y, en ocasiones, hasta origina delincuencia –a través de la

[76] *Cfr.* Steinmetz, "Zur Kumulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen", *NStZ* 2001, 344 con comentario de BGH *NStZ* 2001, 386.

[77] Artzt, *supra*, nota 59, pp. 108 y ss.

[78] Ibídem, p. 122.

[79] Ibídem, p. 132.

[80] *Cfr.* asimismo ibídem, p. 163; *cfr.* también Núm. 6. 4. primer guión, Anexo E RiStBV: Objetivo de las primeras investigaciones el esclarecimiento de la sospecha inicial/de la situación de peligro.

[81] *Cfr.* entre otros Füllkrug, *supra*, nota 16, p. 194.

[82] *Cfr. supra*, texto de la nota 50.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

provocación al hecho[83]– cuando no incluso la "produce". La actuación policial con estrategias en estadio previo es por ello tan poco transparente como los criterios por razón de los cuales se investiga a determinados círculos o grupos de autores. Ya se habla de una "vuelta a un proceso inquisitivo de una autoridad secreta sin forma judicial".[84] Pero la cuestión tiene relevancia no sólo desde consideraciones del Estado de Derecho, sino también por razones de *efectividad* policial en la lucha contra la criminalidad organizada. Uno puede partir del presupuesto de que los recursos policiales nunca serán suficientes para poder investigar y combatir todas las manifestaciones de criminalidad organizada. Precisamente por razones de efectividad todo depende de manera esencial de la correcta elección de los objetivos y objetos de la investigación. Finalmente, no puede pasarse por alto que la existencia fáctica de diligencias previas de investigación policial obligatoriamente conduce a una transformación de la esencia del procedimiento de investigación hacia un proceso de investigación "que está acuñado por el pensamiento policial y que con ello, conforme a la experiencia, pierde en cuanto a morfología judicial y transparencia".[85] Mientras que la policía en el marco de las investigaciones en estadio previo trabaja orientada a la obtención de una sospecha inicial, la fiscalía examina dicha sospecha inicial a la vista de su solidez de cara a una ulterior acusación y –en última instancia– condena del acusado o acusados.[86] A la luz de la creciente

[83] *Cfr.* fundamentalmente Eschelbach, "Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten", *StV* 2000, p. 390 (391) con ejemplos del repertorio de la provocación al hecho: insistente influir sobre personas especialmente seleccionadas, seducción mediante exhibición de grandes sumas de dinero, aprovechamiento de situaciones de necesidad, preparación precisa y dirección intensiva de la comisión de hechos penales, obtención de medios para el hecho, así como la disposición de múltiples supuestos de hecho. Crítico asimismo Körner, Tatprovokation und BtM-Sachen, 17° Grupo de Trabajo de la Oficina Central de la Lucha contra la Criminalidad relacionada con las Drogas (ZfB), manuscrito no publicado, Francfort 1.2.2001. De un caso concreto da noticia von Danwitz, "Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität", *StV* 1995, p. 431. La Corte Suprema (*BGH* NJW 2000, pp. 1123 y ss.) se mantiene –pese a las críticas de la doctrina– en la "solución de la medición de la pena" y rechaza otras soluciones propuestas por la doctrina (impedimento procesal, prohibición de solicitud y de valoración de prueba; referencias ibídem, p. 1124).

[84] Köhler, *StV* 1994, 386 (388); conforme P. A. Albrecht, *supra*, nota 28, p. 418.

[85] Wick, *supra*, nota 43, p. 220.

[86] *Cfr.* también Wick, *supra*, nota 43, p. 220.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

importancia del procedimiento de investigación como núcleo fáctico y punto culminante del proceso,[87] habrá que constatar aún más allá que las diligencias previas de investigación modifican la esencia del proceso penal en su conjunto.

Estas objeciones, realizadas desde consideraciones del Estado de Derecho, sólo pueden ser equilibradas mediante el establecimiento de un *contrapoder jurídico*. En un procedimiento acusatorio de instrucción al estilo alemán sólo entra en consideración como tal la fiscalía. La discusión acerca de la ordenación correcta de la lucha preventiva contra la delincuencia –como protección de peligros policial-preventiva o como persecución penal represiva[88]– tiene aquí un rango secundario; la decisión depende también en muchos aspectos, no tanto de las mejores razones jurídicas, sino más bien del origen y de los intereses particulares de quienes deben tomar decisiones o posturas.[89] En la

[87] Wolter, *Aspekte einer Strafprozeßreform* bis 2007, 1991, pp. 35, 53 y ss.

[88] *Cfr.* la reproducción del estado de la discusión en Hoppe, *supra*, nota 59, pp. 95 y ss. A favor de una valoración en función del objetivo de la medida, Görgen, *supra*, nota 6, pp. 164 y ss.; Habel, *supra*, nota 10, p. 40. *Cfr.* también Kunzmann, *supra*, nota 11, pp. 32 y ss., 91 y ss., quien en los resultados opta (177) por una ponderación de intereses. Desde una perspectiva comparada Grote, en: Gleß/Grote/Heine (Eds.), *supra*, nota 40 (tomo 2), pp. 563 y ss. Según el Núm. 6. 4. Anexo E RiStBV en las investigaciones iniciales existen a menudo elementos de la persecución penal y de la defensa frente a peligros en situaciones complejas, o bien se entremezclan unos y otros en el transcurso de un proceso de reconocimiento o de concretización. Sobre la primera asignación en la jurisdicción constitucional de una medida de lucha preventiva contra la delincuencia –el test de identidad del ADN según el § 2 de la Ley sobre el test de Identidad del ADN (*DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*) en unión con el § 81 g StPO– a la persecución penal *cfr.* Senge NStZ 2001, p. 331 (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfG *NStZ* 2001, p. 328).

[89] Así, Hoppe, *supra*, nota 59, pp. 95 y ss., subsume en su trabajo, realizado bajo el asesoramiento del jurista de derecho público von Münch, la *prevención* de hechos penales bajo la norma jurídico-policial de asignación de tareas, mientras que las investigaciones en el estadio previo destinadas a *precaución* para la investigación de futuros hechos penales sería, en general, no permitida; como resultado final, en cambio, sí serían encuadrables, en cuanto sean medidas para eliminación de un peligro abstracto (sic), dentro de la defensa policial frente a peligros (págs. 169 y s.). Artzt (*supra*, nota 59, pp. 91 y ss.), por su parte, diferencia de forma más convincente que Hoppe entre un punto de vista jurídico-policial y un punto de vista procesal. Precisamente su exposición pone de manifiesto que la adscripción exclusiva de medidas al derecho policial o al derecho procesal depende del punto de partida y del origen de quien opina: desde el ámbito del derecho policial se tiende a someter la lucha preventiva contra la criminalidad con carácter general al derecho policial, mientras que los procesalistas penales quieren someterla con carácter general, ya debido a la facultad de dirección material que ostenta la fiscalía, al derecho procesal penal.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

práctica, se trata de algo totalmente distinto, de una *cuestión de poder*, a saber, si la fiscalía, en cuanto al tema central de sus poderes, puede ir más allá de la mera actuación técnica en la lucha preventiva contra la delincuencia, supervisando personalmente los actos de la policía. Como es natural, esto presupone que la lucha preventiva contra la delincuencia se incardine en la persecución penal, ya que en el caso de protección frente al peligro, como señala explícitamente el núm. 6 del Anexo E RiStBV, no le corresponde a la fiscalía una facultad de dirección. La coordinación dentro de la persecución penal se puede fundamentar en que la lucha preventiva contra la criminalidad en el sentido de la obtención de sospechas descrita siempre constituye también una previsión para la posterior persecución penal, es decir, una intervención represivo-policial.[90] Esto se confirma también a través de la Ley de Modificación del Proceso Penal de 1999 (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVÄG*), ya que reconoce –por fin– el componente que asocia el registro y la conservación preventiva de datos a la persecución penal (§§ 483 y ss.),[91] un ámbito de regulación, por tanto, que hasta ahora estaba reservado al derecho policial.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que con la fundamentación jurídica no se ha ganado mucho mientras que no se reduzca al menos el *desequilibrio de recursos* que existe entre el ministerio fiscal y la policía. Las razones para el reforzamiento del mayor peso investigatorio de la policía, puestas de manifiesto sobre todo por *Lilie*, como son los mejores recursos personales y técnicos, así como la profesionalización técnico-criminalística,[92] se acentúan aun más dentro del ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia, porque la policía es quien posee la soberanía en las decisiones y sobre los datos. *Soberanía en la decisión* posee en cuanto que puede decidir cuándo, dónde y contra quién han de dirigirse "investigaciones estructurales"[93] ("hoy le toca al barrio de prostitutas, mañana a los albaneses"). La *so-*

[90] *Cfr.* Hund, "Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat", *ZRP* 1991, p. 463 (465); Artzt, *supra*, nota 59, pp. 95 y ss.; Wolter, *supra*, nota 44, p. 829; en el resultado final, asimismo, Merten/Merten, *supra*, nota 59, p. 220; dejándolo abierto Kniesel, *supra*, nota 59, p. 165.

[91] *Cfr.* Hilger, "Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999" (*StVÄG* 1999) – 2ª Parte, *NStZ*, 2001, p. 15 (17).

[92] *Cfr.* Lilie, *supra*, nota 44, pp. 627 y ss.; asimismo Kühne, *supra*, nota 15, núm. marg. 135; Hellmann, *supra*, nota 2, § 3 núm. marg. 4; Roxin, *supra*, nota 38, p. 119.

[93] *Cfr.* sobre este concepto entre otros Lisken, *supra*, nota 59, p. 264; Artzt, *supra*, nota 59, p. 2; Weßlau, "Waffengleichheit mit dem 'Organisierten Verbrechen'?", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 1997, p. 238 (241).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

beranía sobre los datos por parte de la policía se basa en que con el sistema Inpol (Sistema de Información de la Policía) sólo ella dispone de la reserva central de datos para fines investigatorios y la fiscalía no tiene ningún acceso directo a este sistema.[94] También la creciente internacionalización fortalece la supremacía de la policía, pues ésta se manifiesta única y preferentemente, sobre todo a nivel europeo, como fenómeno de policialismo carente de instancias de control jurídico.[95] Así, la Policía Europea (Europol), no sólo en lo que respecta a la protección jurídica de datos, sino en general, no está sujeta a ningún tipo de control jurídico, pues un ministerio fiscal europeo hasta la fecha sólo existe sobre el papel.[96]

IV. ¿REFORMAS?

Hasta ahora las reformas en cuanto a la relación entre ministerio fiscal y policía han reaccionado contra la policialización de mero hecho en el procedimiento de investigación y especialmente han tenido en cuenta las supuestas exigencias de una lucha más eficaz contra la criminalidad organizada en forma de recomendaciones ministeriales y disposiciones de rango inferior a ley.[97] Con ello, en un principio se incrementó la tendencia al policialismo en el sentido de investigaciones autónomas de la policía en el estadio previo al proceso penal. Con la adaptación del instrumentario procesal-penal a las necesidades jurídico-policiales mediante la creación de autorizaciones legales para adoptar medidas especiales de investigación destinadas a combatir la criminalidad organizada,[98]

[94] *Cfr.* Lilie, *supra*, nota 44, pp. 631 y ss.; Schaefer, *supra*, nota 46, pp. 196 y s.

[95] *Cfr.* Nelles, "Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?", *ZStW* 109 (1997), p. 727 (730).

[96] Crítico con Europol Schaefer, *supra*, nota 46, pp. 197 y ss.; P.A. Albrecht, "Europäische Informalisierung des Strafrechts", *StV* 2001, pp. 69 y ss.; fundamentadamente entre otros Gleß/Grote/Heine (eds.), *supra*, nota 40. Sobre el establecimiento de un "European Public Prosecutor" *cfr.* arts. 18 y ss. Corpus Iuris, en: Delmas-Marty/Vervaele (eds.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Vol. I, 2000, pp. 196 y ss.; crítico con el Corpus Iuris –en lugar de muchos otros– *Weigend*, "Spricht Europa mit zwei Zungen?", *StV* 2001, p. 63 (65 y ss.). Sobre "Eurojust" en este contexto Hamm, "Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren", *StV* 2001, p. 81 (84 y ss.).

[97] *Cfr.* texto nota 52.

[98] *Cfr.* Gropp, en: Militello/Arnold/Paoli, *supra*, nota 60, pp. 334 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se fortalece, por el contrario, la posición jurídica de la fiscalía y de los tribunales frente a la policía, pues dichas medidas de investigación –ya debido al lugar que ocupan en el ordenamiento procesal– se integran dentro de la persecución penal y con ello quedan subordinadas al control jurídico del ministerio fiscal. También la reciente interpretación restrictiva hecha por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) del concepto de "peligro en la demora",[99] que desarrollará sus efectos más allá de los registros domiciliarios conforme al Art. 13 II de la Constitución Alemana (*Grundgesetz, GG*) y § 105 I 1,[100] se mueve en esta dirección. Con todo –además del ya mencionado desequilibrio de recursos–, no se debe pasar por alto que la fiscalía sólo puede entrar en acción si llegan a su conocimiento investigaciones policiales. En el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia esto suele suceder en la práctica cuando la policía requiere al ministerio fiscal para llevar a cabo una medida coercitiva que no pueda decretar por sí misma –ni siquiera en caso de peligro en la demora–. Un ejemplo de importancia práctica lo constituye en este contexto el decreto de las escuchas telefónicas conforme al § 100 a. A este respecto puedo remitir aquí al estudio de actas sumariales realizado actualmente por *Kinzig* en el Instituto Max Planck.[101]

Por otra parte, las propuestas de reforma que pretendían mejorar estas anomalías mediante la creación de una unidad policial propia para el ministerio fiscal, sobre la base del modelo francés o badense,[102] han fracasado sistemáticamente en Alemania, bien por

[99] *BVerfG* EuGRZ 2001, 156 = *NStZ* 2001, 382, *Leitsatz* 1 b) "peligro en la demora debe estar fundamentado en hechos referidos al caso concreto. Meras especulaciones, estimaciones hipotéticas o presunciones independientes del caso o basadas únicamente en la experiencia criminalística cotidiana no son suficientes". La ordenación por parte judicial ha de ser la regla, no la excepción.

[100] Ver Amelung, Die Entscheidung des BVerfG zur "Gefahr im Verzug" i.S. des Art. 13 II GG, *NStZ* 2001, 337 (342 f.) extendiendo esta decisión a medidas coercitivas de la misma naturaleza, por ej., la interceptación telefónica según §§ 100 b I, 100 d I.

[101] Según una primera impresión de esta investigación, aún no confirmada válidamente, en cuestiones de criminalidad organizada el proceso de instrucción comienza a menudo con la solicitud de una medida especial de investigación, como, por ejemplo, la intervención telefónica según el § 100 a.

[102] *Cfr.* ya *supra*, en nota 6 así como –adentrándose en el "sistema badense"– Habel, *supra*, nota 10, pp. 80 y ss., 164 y ss., 192 y s.; sobre la provincia prusiana del Rin, *cfr.* Collin, *supra*, nota 32, pp. 205 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la policía, bien ante los ministerios de interior.[103] Así, anteriores defensores de esta solución, como por ejemplo *Roxin*,[104] actualmente se resignan a sostener que es inviable.[105] Tampoco el análisis fundamental de *Habel* en 1982[106] acerca de las distintas propuestas de reforma relativas a la relación entre policía y ministerio fiscal tuvo mucha trascendencia. Los criterios jurídico-políticos para una reforma desarrollados por este autor merecen sin embargo ser tenidos en cuenta, pues intentó conjugar por igual intereses policiales y fiscales, es decir, las perspectivas de la eficacia y del Estado de Derecho.[107] Sobre dicha base, pueden formularse, para la actual discusión acerca de la reforma, las tres directrices siguientes:

– La unidad de los *cuerpos de policía* debe mantenerse tanto en el aspecto organizativo como en el funcional, es decir, una policía judicial con independencia jurídico-organizativa y con competencias sólo represivas no es recomendable, pues a ello se asociarían pérdidas de eficiencia y fricciones y, además, en la práctica no se pueden separar estrictamente las actividades policiales preventivas y represivas (doble funcionalidad). Es decir, en todo caso entraría en consideración una asignación temporalmente limitada de determinados funcionarios de la policía al ministerio fiscal (en el sentido del "sistema badense"),[108] en cuyo caso, este último también estaría dotado de potestad disciplinaria sobre estos funcionarios.[109]

– La *autoridad acusatoria* debe ser partícipe lo más amplia y tempranamente posible de las investigaciones para poder ejercer su función de control. Por tanto, también, pero sobre todo, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia debe ser informada sin demora de las medidas de investigación, o ya con anterioridad, de la fijación de puntos prioritarios en el estadio previo, y no sólo cuando se la requiere para llevar a cabo medidas coer-

[103] *Cfr.* histórico-jurídicamente Collin, *supra*, nota 32, pp. 205 y ss.
[104] Roxin, *supra*, nota 1, pp. 388 y ss.; de forma similar Kuhlmann, *supra*, nota 43, pp. 268 y s.; Lilie, *supra*, nota 44, p. 641 en nota 70.
[105] Roxin, *supra*, nota 38, p. 121; el mismo, *supra*, nota 51, § 10 núm. marg. 35, ambos con ulteriores referencias bibliográficas; crítico también Rüping, *supra*, nota 6, p. 908.
[106] Habel, *supra*, nota 10, pp. 71 y ss., 102 y ss.
[107] Ibídem, pp. 184 y ss.
[108] Ibídem, pp. 192 y ss.
[109] *Cfr.* Görgen, *supra*, nota 6, p. 168.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

citivas. Especialmente, debe tener un acceso ilimitado al efectivo de datos policiales.[110] Tal temprana participación no sólo es correcta en un Estado de Derecho, sino también exigible por razones de eficacia, pues incrementa la calidad (jurídica) de los resultados de la investigación y, en su caso, de la acusación, de cara a las probabilidades de condena.[111]

– El *desequilibrio de recursos* entre la policía y el ministerio fiscal debe eliminarse o, al menos, reducirse mediante una mejor dotación técnica y personal, así como un reforzamiento de la especialización en la fiscalía.[112] Es evidente que esto, tal y como se comprobó muy pronto en Baden-Württemberg, no se va a conseguir mediante una ampliación de personal del ministerio fiscal en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada unida a una multiplicación del personal policial.[113]

Naturalmente, en la discusión acerca de *dichas* propuestas de reforma no deben dejarse a un lado los *límites estructurales* policiales o generales de la lucha contra la criminalidad organizada. Precisamente cuando se parte, adhiriéndose a la política criminal oficial, de un concepto de criminalidad configurado de manera predominantemente económica, hay que tolerar el reproche de que con un mero endurecimiento del derecho penal y con el equipamiento (técnico) de los órganos de persecución penal no se logra una aproximación a las causas de esta criminalidad. En efecto, de este modo la criminalidad organizada y la policía lo único que logran es –propiamen-

[110] *Cfr.* asimismo Lilie, *supra*, nota 44, p. 642; Roxin, *supra*, nota 38, p. 121; Schaefer, *supra*, nota 46, pp. 196 y s.
[111] Habel, *supra*, nota 10, pp. 165 y s., demuestra que a comienzos del siglo XX en el "sistema badense" la tasa de declaraciones de inocencia en relación con las acusaciones era bastante inferior al caso, por ejemplo, de Prusia, donde la fiscalía ejercía un control menor sobre la policía dentro del procedimiento de instrucción. Esto se corresponde con el panorama criminológico del que da noticia Kinzig, *supra*, nota 60, p. 211, sobre que la fiscalía en la consideración de determinados supuestos de hechos como pertenecientes a la criminalidad organizada es al parecer más cautelosa que la Jefatura de Policía de Baden-Württemberg.
[112] *Cfr.* asimismo Roxin, *supra*, 38, p. 121.
[113] *Cfr.* Südkurier, 16.3.01. Según el mismo, la fiscalía adquiere 20 nuevas delegaciones, mientras que la policía obtiene 60. El Ministro de Interior Schäuble ha señalado asimismo el hecho de que en el transcurso del año 2000 el número de los funcionarios de policía se ha incrementado de 60 a 400, y el de departamentos especiales de 15 a 27.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

te en el sentido de la oficialmente propagada igualdad de armas[114]– generar recíprocamente un escalamiento. Esto no es sino una verdad evidente que entre tanto ha sido reconocida en Alemania por la propia policía.[115] El desarrollo de una política criminal no sólo represiva, de una política criminal para seres humanos,[116] que al mismo tiempo garantice una mayor efectividad y se corresponda así a las necesidades legítimas de seguridad por parte de la población, es otro tema que ya no se puede desarrollar aquí.

RESUMEN

La regulación normativa del procedimiento de instrucción procesal alemán se encuentra en contradicción con la realidad jurídica. El ministerio fiscal es únicamente el dueño y señor del proceso de instrucción, es decir, posee una facultad exclusiva de dirección material en los casos de la *tradicional delincuencia grave*, como delitos capitales y delincuencia económica. En todos los demás casos, es decir, en la *criminalidad menor y media* y especialmente en el ámbito de la *lucha preventiva contra la delincuencia* para combatir la criminalidad organizada, el verdadero dueño y señor ha pasado a ser la policía. La facultad de dirección material de la fiscalía se limita al decreto u ordenación de determinadas medidas coercitivas o a la decisión acerca del cierre de la instrucción. Mientras que esto resulta poco objetable o incluso necesario, en la práctica cuando se trata de criminalidad inferior o media, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia prácticamente se desarrolla un *aparato policial autónomo* que lleva a cabo intervenciones o medidas independientes, las cuales potencialmente podrían afectar a cualquier ciudadano, de tal manera que es indispensable un control jurídico-estatal más eficiente. Un control de este tipo en un proceso acusatorio de instrucción al estilo alemán solamente puede ser ejercido a través del ministerio fiscal. Esto hace necesario su reforzamiento frente a la policía; un reforzamiento no sólo normativo, sino fundamentalmente fáctico.

[114] *Cfr.* Weßlau, *supra*, nota 93, pp. 238 y ss.
[115] *Cfr.* entre otros Lisken, *supra*, nota 59, p. 270.
[116] Schüler, *Springorum, supra*, nota 59.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ÍNDICE

Presentación 7

Abreviaturas 9

I. DERECHO PENAL

– Imputación (objetiva) y derecho penal internacional 21

– El principio *nullum crimen sine lege*. Art. 7° de la Convención Europea de Derechos Humanos. *Common law* y los disparos del muro alemán 53

– Dominio por organización. Estado de la discusión 71

– La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales 107

– Sobre el efecto eximente del "actuar bajo órdenes" desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional 121

– Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el derecho comparado 141

– Legislación penal de drogas en Países Bajos (NL), Alemania (D), España (E), Gran Bretaña (GB) y Dinamarca (DK) a la vista de la armonización legal (con colaboración de Christian Steiner) 187

– El tratamiento penal de los correos de drogas en Alemania, Dinamarca, Países Bajos y España (en coautoría con K. Cornils, I. van de Reyt y A. Doval) 207

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

II. DERECHO PROCESAL PENAL

- Proceso penal alemán, procedimientos abreviados y la reforma en América Latina 243
- Estatus, función y responsabilidad del fiscal desde el punto de vista del derecho comparado 301
- Control de la policía por el fiscal *versus* dominio policial de la instrucción 339

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336