

Justicia penal transicional y justicia penal europea. El protagonismo de las víctimas y la renuncia al Derecho penal liberal*

VICO VALENTINI**

Resumen

Dentro de la justicia transicional se observa en la actualidad una tensión entre los que aquí se definen como dos modelos opuestos: el victimocentrismo y el reocentrismo. A partir del análisis de diferentes fenómenos de justicia transicional, y centrando el debate actual en las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), se reflexiona sobre la gestión del pasado por parte del Derecho penal, sus diferentes modos de llevarse a cabo, sus peligros y más sentidas necesidades, desde la tensión que se puede presentar, al abordar este tema, con los postulados del Derecho penal liberal.

* Traducción de Diana Restrepo Rodríguez, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia (Colombia), con la colaboración de Juan Felipe Álvarez Arboleda, estudiante de Derecho de esta misma institución.

** Doctor en Derecho penal de la Università di Macerata, asistente investigador de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, profesor de la Universidad de Perugia (Italia).

Abstract

Inside transicional justice, is actually observed, a tension between what here is defined like opposite models: victim-centrism and reo-centrism. From the analysis of differents experiences of transicional justice, and centring the actual discussion in the desicions of the European Court of Human Rigths (ECtHR), the text consider about the gestion of the past by the Criminal law, the differents ways of realize transicional justice, the dangers, the most importants needs, and the tension, when this topic is studied, with the postulates of liberal Criminal law.

Palabras Clave

Justicia transicional, víctimas, memoria histórica, terrorismo, Corte Europea de Derechos Humanos, Derecho penal liberal.

Key words

Transicional justice, victims, memory and memorials, terrorism, European Court of Human Rigths, Liberal Criminal Law.

Sumario

Primera parte. 1. El carácter extraordinario de las experiencias transicionales y la justicia penal «de la normalidad». 2. Los (supuestos) bienes jurídicos del Derecho penal *in transition* y los (supuestos) derechos de las víctimas del totalitarismo. 3. Por qué el Derecho penal encarna el modelo ideal de «gestión del pasado». **Segunda parte.** 4. Justicia penal europea, derivaciones securitaristas y aproximación victimocéntrica. 4.1. (Continuación) La fluidez estructural del sistema convencional. 5. Terrorismo, victimización a gran escala y amenaza globalizada: la respuesta ‘poco humana’ del Derecho europeo de los derechos humanos. 6. «Victimocentrismo» europeo y «reocentrismo» continental. 7. Conclusiones.

1. El carácter extraordinario de las experiencias transicionales y la justicia penal «de la normalidad»

Cuando cae un régimen totalitario y en su lugar se establece uno democrático, existen distintos modos de «hacer justicia al pasado» (*Transitional Justice, Vergangenheitsbewältigung*)¹. No siempre esto se le confía a ritos jurídico-formales², y en particular, no siempre se utiliza el Derecho penal.

La gestión punitivo-penal del «pasado totalitario» (*Strafverfolgungsmodell*) representa sólo uno de los tres posibles modelos básicos (*Grundmodelle*) que se han usado en las experiencias de justicia transicional. De hecho, en no pocas ocasiones se ha preferido optar por modelos de ‘borrón y cuenta nueva’ (*Schlussstrichtmodell*) que, en su versión integral (*absoluten Schlussstrichtmodell reiner Prägung*), implica la renuncia a cualquier mecanismo de gestión o elaboración del pasado; o por modelos ‘reconciliatorios’ (*Aussöhnungsmodell*), que pueden ser ejemplificados por las experiencias guatemalteca y sudafricana³.

Sin embargo, siempre que se ha optado por el ‘modelo punitivo’, ha surgido una justicia penal completamente diferente de la liberal, inspirada en lógicas colectivo-garantistas y oceánicamente distante del ideal «clásico»⁴. Se ha tratado, en definitiva,

1 La etiqueta «justicia de transición» es utilizada aquí en su significado común y ‘vulgarizado’; es decir, en referencia a la transición de regímenes anti-democráticos a sistemas democrático-constitucionales: v. ESER, ARNOLD, “Geleitwort zum Gesamtprojekt”, en ESER, ARNOLD (coord.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionprozesse. Internationales Kolloquium*, S 82.1, Freiburg i Br., 2000, p. XI.

2 Aunque ello haya sucedido en la gran mayoría de los casos: cfr. ISENSEE (COORD.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin, 1992, pp. 37 y ss.

3 Esta división sistemática es realizada por ARNOLD, “Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktionen auf Systemunrecht”, en ESER, ARNOLD, *Strafrecht in Reaktion*, cit., pp. 11 y ss. En particular, durante la transición sudafricana se instituyó una comisión especializada (*TRC, Truth and Reconciliation Commission*), que a su vez se dividía en tres sub-comisiones: el *Human Rights Violation Committee*, encargado de recibir las declaraciones de las víctimas del *apartheid* y de reconocer su estatus de víctimas; el *Reparation and Rehabilitation Committee*, con la tarea de cuantificar la entidad del resarcimiento debido a las víctimas; y finalmente, el *Amnesty Committee*, encargado de recibir las confesiones de los culpables de delitos cometidos con fines políticos. Siempre que la admisión de la responsabilidad fuese incondicional y se la juzgase como veráz, incluso a la luz de los elementos *ad corroborandum* proporcionados por las víctimas-testigo, este comité de amnistía emitía una disposición de renuncia a la pena con eficacia estrictamente personal (no extensible a los demás eventuales implicados, respecto a los cuales no valía ni siquiera como «prueba de descargo»). Al respecto, limitando la referencia a la literatura italiana, v. GENTILI, LOLLINI, “L’esperienza delle commissioni per la verità e la riconciliazione: il caso sudafricano in una prospettiva giuridico-politica”, en ILLUMINATI et al. (coords.), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, pp. 163 y ss.

4 El cual se centra en una lógica rigidamente «reocentrista» e individual-garantista (tutela del ciudadano-reo frente al poder coercitivo penal). Sobre el Derecho penal *clásico* como modelo ideal en contraposición al Derecho penal *moderno*, v. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 97 y ss.

de una serie de instrumentos penales *extraordinarios*, llamados a gestionar fenómenos *extraordinarios*.

Por lo demás, no podía ser otro modo, puesto que la justicia transicional es por definición retroactiva: el nuevo ordenamiento «ajusta las cuentas» con el viejo y, si decide hacerlo a través del Derecho penal, *necesariamente* deberá sacrificar la prohibición de retroactividad y pasar por encima de muchos otros principios y garantías que, en situaciones «normales», serían intocables⁵.

De este modo, a la excepcionalidad del fenómeno sucesorio ha (casi) siempre correspondido una vía penal excepcional. Y precisamente por estas razones, la «*Bewältigung der Vergangenheit durch Strafrecht*»⁶ ha generado problemas bastante agudos cuando la aplicación de sanciones retroactivas no se ha confiado a un sistema *super partes* que es 'por naturaleza' transicional⁷, que se ocupa solamente de crímenes «desproporcionados» y que opera con el Derecho internacional (en cuyo ámbito el principio de legalidad y sus ramificaciones siempre han gozado de gran flexibilidad⁸), sino que se ha dejado en manos de los parlamentos y tribunales del nuevo y «sustitutivo»

5 Sobre la a-normalidad de la *ex post facto (criminal) justice*, su «ontológica» retroactividad y su condición de ser preponderantemente influenciado por la contingente situación política, v. el clarificador ensayo de BRAGYOVA, "Legality and *ex post facto* political justice", en *Acta Iur. Hungarica*, XXXIII, 3-4, 1991, pp. 179 y ss., especialmente pp.188 y ss., pp. 203 y ss.; TOMUSCHAT, "National prosecutions. Truth commissions and international criminal justice", en WERLE (coord.), *Justice in transition – Prosecution and amnesty in German and South Africa*, Berlín, 2006, pp. 157 y ss., especialmente pp. 160 y ss., 167 y ss. Respecto a la inversión de los criterios ordinarios de imputación en el ámbito de la «justicia transicional» (responsabilidad para-individual o radicada en meros estatus), motivada por la necesidad de punir los crímenes cometidos con el apoyo y en interés del Estado («crímenes de Estado»), cfr. el análisis de TEITEL, *Transitional justice*, Oxford, 2000, especialmente pp. 33 y ss., 40 y ss., 44 y ss.

6 «Gestión del pasado a través del Derecho penal». Esta expresión, ideada por la doctrina alemana, se refiere especialmente a las experiencias de justicia transicional en la cual se ha optado por la *punición* de los crímenes cometidos *en y por* el pasado régimen totalitario: cfr. JESSE, LÖW (coord.), *Vergangenheitsbewältigung*, Berlín, 1997; JAKOBS, "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch", en ISENSEE (coord.), *Vergangenheitsbewältigung*, cit., pp. 37 y ss.

7 Sobre la naturaleza transicional del Derecho y la justicia penal internacional, recientemente, v. AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*², Milano, 2010, pp. 23 y ss.

8 De hecho, por muchos años el Derecho internacional ha acogido y aplicado un concepto de legalidad (no formal sino) sustancial, el cual, en nombre de la demanda de tutela de la colectividad, ha admitido la *punición* retroactiva de conductas penalmente lícitas al momento de su comisión. Al respecto v. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto penale internazionale*, I, *Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, pp. 189 y ss., 199 y ss. Sin embargo, esta situación ha cambiado radicalmente con la entrada en funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI). En efecto, los artículos 22, inciso 1, y 24 del Estatuto de Roma establecen la prohibición de retroactividad *sin prever* hipótesis en las que éste pueda ser derogado. Sobre el particular, entre otros, v. WERLE, *Principles of international criminal law*, La Haya, 2005, pp. 32 y ss.

Estado democrático⁹, en cuyo contexto la inflexibilidad de ciertas barreras *contra* el poder punitivo habría tenido que estar fuera de discusión.

Verdaderamente habría muy buenas razones para confirmar la «fuerza de resistencia» de las garantías liberales y, particularmente, el carácter incondicionalmente absoluto del principio de irretroactividad *incluso* en ocasión de las transiciones. Si este precepto intertemporal «en tiempos normales» garantiza la libre elección de las acciones, en las situaciones excepcionales cumple la no menos importante función de proteger al presunto reo de las persecuciones políticas y de las pasiones de la venganza. Exactamente las reacciones emotivo-irracionales que, nótese bien, aún hoy justifican la denominada marginalización de la víctima en el ámbito de la justicia penal continental (*infra*, numeral 6).

Sin embargo, esto no ha sido así (casi) nunca. La justicia penal *in transition* (casi) siempre ha terminado por eludir o abiertamente violar la irretroactividad penal y por flexibilizar/neutralizar las garantías individuales, haciendo que cediese todo lo que hubiera podido impedir o al menos obstaculizar la «lucha contra la impunidad»¹⁰.

A continuación nos ocuparemos precisamente de algunas experiencias transicionales peculiares, especialmente europeas, en las que los sistemas penales pensados para situaciones de normalidad-estabilidad y calibrados en conformidad con los crímenes ordinarios, se enfrentaron a un vuelco del ordenamiento.

2. Los (supuestos) bienes jurídicos del Derecho penal *in transition* y los (supuestos) derechos de las víctimas del totalitarismo

Cuando se habla de Derecho penal, de manera ‘natural’ vienen a la mente los bienes jurídicos. Es por esto que, aún cuando el mecanismo punitivo ha sido utilizado para gestionar retrospectivamente las transformaciones del ordenamiento, se ha tratado de darle sentido asignándole la tutela de objetividades jurídicas.

De este modo, para legitimar el Derecho penal *in transition* o transicional, se han invocado conceptos iusnaturalistas (la justicia material, la resolución de elementales imperativos de justicia) o neo-iusnaturalistas (el respeto de los derechos fundamentales), macro-intereses colectivos (la construcción y la tutela de una memoria

9 Se trata, retomando la división sistemática de VEST, *Gerechtigkeit für Humanitätverbrechen?*, Tübingen, 2006, pp. 28 y ss., 32 y ss., de los casos en los que se ha adoptado el *nationale Strafverfolgungsmodell*.

10 Naturalmente, la extra-ordinariedad de la justicia transicional se refleja también en el estatuto de las funciones de la pena, cuyos fines ‘clásicos’ (prevención general y especial, retribución y proporcionalidad) son «suplantados» por *extraordinary purposes* (estigmatización, reparación, compensación, reconciliación): GALLANT, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, New York, 2009, pp. 26, 30 y s., 39.

histórica compartida, la pacificación social), o «bienes-programa» de carácter cultural (el refuerzo o confirmación de la cultura democrática).

Sin embargo, en mi opinión, tales macro-instancias objetivas no han logrado disminuir con su despersonalización, la precisa *categoría subjetiva* para la satisfacción de los «derechos»¹¹ de aquellos para los que eran impuestas las sanciones penales retroactivas: las víctimas «del régimen anterior».

En últimas, detrás de estos (mal logrados) intentos de objetivización-despersonalización¹², emergen de manera principal las pretensiones de verdad, castigo y reparación-compensación enarboladas por la «comunidad de los inocentes»¹³.

Estos serían algunos ejemplos: con ocasión de la unificación alemana se buscó, en primer lugar, exaltar *el «derecho» a la reparación-compensación de las víctimas* del régimen de la República Democrática Alemana (DDR por sus siglas en alemán) con la solicitud iusnaturalista de *materielle Gerechtigkeit* (justicia material), mediante la cual la Corte Constitucional no se limitó a declarar «intolerablemente injusta» (y por ende inválida *ab initio*) la disposición que autorizaba a los soldados que custodiaban el muro (*Mauerschützen*) a disparar a quienes intentaran atravesarlo¹⁴, sino que, de manera mucho más radical, calificó de «extremadamente injusta» toda la acción política ideada por el Estado-persona y llevada a cabo por el Estado-aparato DDR¹⁵, respecto a la que no podían y *no debían* valer las garantías de la justicia penal, construidas en condiciones de democracia, separación de poderes y compromiso constitucional¹⁶. Y puesto que

11 Sobre la inexistencia de *auténticos* derechos de las víctimas, diferentes y ulteriores a los procesales, v. las compartibles observaciones de DOAK, *Victim's rights, Human Rights and Criminal Justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Oxford-Portland, 2008, pp. 25 y ss., 245 y s.

12 Por otro lado, y esto es válido también para el Derecho penal «normal», es verdad que «el bien jurídico no es otra cosa más que la víctima objetivada en el tipo penal»: BOVINO, *Problema de derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, pp. 71 y ss., 82.

13 Para un catálogo de los «derechos» de las víctimas del pasado en las experiencias de *Transitional Justice*, cfr. la detallada reconstrucción de AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, MALARINO, ELSNER (coords.), *Justicia de transición*, Berlín - Montevideo, 2009, pp. 23 y ss., especialmente pp. 41 y ss.

14 Como en cambio había hecho la Corte de Casación (BGH, 3.11.1992, en *EuGRZ*, 1993, pp. 37 y ss.; conf. BGH, 25.3.1993, en *NJW*, 1993, pp. 1932 y ss.) desempolvando la 11ª fórmula (*Ünerträglichkeitsformel*) ideada por Gustav Radbruch para legitimar la punición retroactiva de los crímenes nacional-socialistas.

15 Cfr. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2004, especialmente pp. 109 y ss.

16 Así, textualmente, *BVerG*, 24.10.1996, en *NJW*, 1997, pp. 929 y ss.; conf. *BVerG*, 21.7.1997, en *EuGRZ*, 1997, pp. 413 y ss. Este discurso, obviamente, no es válido sólo para la prohibición de la retroactividad, sino que puede ser propuesto respecto a todos los institutos que «encarnen» una garantía *contra* el poder punitivo-penal (por ejemplo, la prescripción), los cuales operan en contextos «normales y de rutina» (esto es, aquellos con los que el Estado persigue y pune a quien transgrede sus leyes penales),

las garantías de la legalidad penal, de acuerdo al alto tribunal alemán, serían absolutas e inderogables sólo dentro de las coordenadas del Estado de Derecho, éstas podían ser *abiertamente* violadas para ajusticiar los «crímenes del régimen» (*Unrechtsstaat, untaten des Staates, systemic wrongdoing*)¹⁷.

En realidad, el camino recorrido por la jurisprudencia alemana para punir retroactivamente los crímenes del «Estado de la injusticia» y, particularmente, los homicidios de los «guardias del muro», fue un poco más variado¹⁸. Tratemos de contextualizarlo rápidamente. Después de la extinción de la DDR (*Ausland*)¹⁹, hubo un acuerdo (*Einigungsvertrag*, 31.8.1990) en cuanto a «extender» todo el ordenamiento federal a los ex territorios comunistas, para entonces carentes de un Estado soberano. En consecuencia, la «gestión penal del pasado» se dejó a los órganos del *nuevo* Estado democrático y, especialmente, a los jueces²⁰.

pero no en contextos «anormales y excepcionales», en los cuales es el mismo Estado, a nivel sistémico (*Systemunrecht*), el que autoriza/apoya/impone la violación de las leyes penales mismas y garantiza la impunidad de los transgresores. Al respecto, cfr. VARGA, *Transition to rule of law*, Budapest, 1995, especialmente pp. 121 y ss., 129 y ss., 136 y ss.

- 17 Sobre el concepto de *Unrechtsstaat*, en contraposición al de «Estado de las garantías y de la moralidad» (democrático), v. ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, 1993, pp. 30 y s., 35. Respecto a la noción de «criminalidad de Estado», también en cuanto al principio de irretroactividad, v. NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt a. M., 1996; *Id.*, “Bürgerliche Kriminalität, Staatskriminalität und Rückwirkungsverbot”, en *FS S. Trechsel*, 2002, pp. 505 y ss.; LAMPE, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en *ZStW*, 1994, pp. 683 y ss. LÜDERSSEN, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?. Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Frankfurt a. M., 1992. Particularmente, para un amplio examen de los «crímenes de Estado» cometidos en la ex DDR (*Wahlfälschung, Rechtsbeugung, Doping, Korruption, Spionage* y, sobre todo, *die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze*), v. RÖMMLER, *Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze vor Gericht*, Berlín, 2000.
- 18 Entre los penalistas italianos, la transición alemana ha generado poco interés científico. Además del bello libro de Vassali (nota 15), el único trabajo en que se ha analizado este tema de manera profunda es: AMBROSETTI, “In margine alle cd. sentenze del muro di Berlino: note sul problema del «diritto ingiusto»”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, pp. 596 y ss. (artículo que luego fue retomado y sintetizado en *Id.*, *Abolition criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004). A este asunto, sin embargo, a veces le son dedicadas rápidas referencias: cfr. por ejemplo ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, pp. 26 y ss.
- 19 A la República Democrática Alemana, salvo alguna aislada voz en contra, se le reconocía personalidad jurídica internacional en cuanto «Estado efectivo». Así, por ejemplo JAKOBS, “Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch”, en *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht*, J. Isensee (Hrsg), Berlín, 1992, pp. 37 y ss.
- 20 Por otro lado, la misión de castigar retroactivamente los «crímenes del pasado» no se le podía confiar al Legislador, ni mucho menos podía basarse en el Derecho supranacional (art. 7 Convención Europea de Derechos Humanos –CEDH, vigente en el ordenamiento de la Alemania federal pero no de la ex DDR). De hecho, incluso si se hubiesen querido subsumir los ‘crímenes comunistas’ en la cláusula de excepción del art. 7, inciso 2, CEDH para legitimar las leyes penales retroactivas, habría sido necesario establecer la prevalencia de esta norma europea por encima tanto del acuerdo de unificación (ley ordinaria que imponía, al contrario, la aplicación del ‘Derecho penal comunista’) como, y sobre todo,

Sin embargo, para poder cumplir con esta misión punitiva, estos últimos tenían que encontrar la manera de superar, eludiéndolas, las barreras impuestas por el *nuevo* orden constitucional al poder punitivo²¹, empezando por la prohibición de la retroactividad. De hecho, el § 8 del Acuerdo de Unificación, ordenaba la aplicación de la ley penal de la ex DDR²², de acuerdo a la cual el abandono de la República (*Republikflucht*, § 213 *DDR StGB*), si era cometido con «particular intensidad y gravedad» (por ejemplo en grupo, o con armas), configuraba un *Verbrechen*, para cuyo impedimento los *Mauerschützen* estaban autorizados a abrir fuego contra quienes intentarían huir (causal de justificación especial según el art. 27 *Grenzegesetz* de 1982)²³. Ahora bien, sin lugar a dudas es verdad que la mencionada causa de justificación, *en el papel*, estaba marcada por criterios de proporcionalidad de tipo «democrático-occidental»²⁴ (los guardias debían realizar tiros de advertencia y, si era posible, evitar las muertes: art. 27, incisos 3-5, *Gg*). Sin embargo, también es verdad que la *práctica del ejército y el «derecho viviente»* siempre habían ido en un sentido diametralmente opuesto, autorizando/imponiendo la *sistemática* violación de los límites de la situación justificante. En conclusión, la orden era tirar a matar, y quien intencionalmente lo evitaba veía obstaculizada

de la prohibición de retroactividad cristalizada en la Constitución federal. Quien no demuestra tal prevalencia en ambos sentidos, como por ejemplo no lo hace AMBOS, “Common law y los disparos del muro. Artículo 7 de la Convención europea de derechos humanos”, en *Isonomía*, 2004, pp. 41 y ss., está proponiendo, en mi opinión, una solución jurídicamente errónea. Esto se concreta en el hecho de que, mientras la primacía del Derecho europeo de los derechos humanos sobre el Acuerdo de unificación puede ser en sí sostenible, la prevalencia del primero sobre la norma constitucional es impensable. En primer lugar, porque de acuerdo a la consolidada jurisprudencia constitucional las normas de Derecho internacional general y de los tratados, para ser aplicadas en el ordenamiento alemán no pueden violar el *Kernbereich* [sector nuclear] de los principios constitucionales (dentro del cual, sin dudas, está comprendida la irretroactividad penal: v. MAUNZ-DÜRIG, sub art. 103, abs. II, GG, en *Grundgesetz Kommentar*, München, 2005, Agg., pp. 1 y ss.). En segundo lugar, porque exactamente por las mismas «razones constitucionales», Alemania había ratificado la CEDH utilizando la reserva del art. 64, en virtud de la cual la normativa convencional había sido introducida en el ordenamiento federal «nur in den Grenzen des art. 103, Abs. II, GG»: v. KENNTNER, “Der deutsche Sonderweg zum Rückwirkungsverbot”, en *NJW*, 1997, pp. 2298 y ss. Lo único que el legislador podía hacer, era re-abrir los términos de la prescripción, aprovechando la incierta naturaleza (sustancial) de este instituto.

- 21 Sobre el conflicto entre la legalidad y la justicia en la transición alemana, y sobre la «victoria» de la segunda sobre la primera, cfr. el artículo de SCHLINK, “Rechtstaat und revolutionäre Gerechtigkeit”, en *NJ*, 1994, pp. 433 y ss. En cuanto a este tema, con específica referencia al Derecho penal intertemporal, v. también ELSNER, “Das intertemporale Strafrecht und die deutsche Wiedervereinigung”, Aachen, 2000.
- 22 Por ser más favorable que la del ordenamiento federal.
- 23 Para una detallada interpretación de esta normativa v. BRUNNER, “Neue Grenzregelungen der DDR”, en *NJW*, 1982, pp. 2479 y ss.
- 24 FROMMEL, “Die Mauerschützenprozesse- eine unerwartete Aktualität der Radbruch’schen Formel”, en *FS Arth. Kaufmann*, 1993, pp. 81 y ss.; cfr. R. DREIER, “Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes”, en *ivi*, pp. 57 y ss. Por otro lado, *también* el ordenamiento federal autorizaba el uso de las armas cuando se atravesare ilegalmente el confín («Ley federal sobre las fronteras» de 18 de marzo de 1961).

su carrera, sufría sanciones disciplinarias, era acusado de insubordinación y, a veces, era destinatario de medidas coercitivas²⁵. Por su parte, las fiscalías nunca reprocharon a un soldado el haber sobrepasado los límites del actuar permitido, a pesar de los aproximadamente 200 homicidios cometidos a lo largo del Muro²⁶. La defensa «a cualquier precio» de la integridad del pueblo no era, entonces, una práctica de pocos, sino que constituía una verdadera política de Estado²⁷ de la que participaba todo el ordenamiento²⁸. He ahí el dilema, la contradicción: ¿cómo castigar retroactivamente sin violar el principio de retroactividad? Las soluciones ideadas por la jurisprudencia fueron sustancialmente dos. Algunos intérpretes, al constatar que la *law on the books* de la ex DDR estaba perfectamente de acuerdo tanto con los principios constitucionales democráticos como con los tratados internacionales sobre las libertades fundamentales, se sintieron autorizados para restituir a esas disposiciones escritas, *a posteriori*, su «justo alcance», hacían que resurgiera en ellas el «espíritu democrático» que, estando plasmado en el dato textual, debería haber guiado su interpretación y aplicación (reinterpretación *menschenrechtfreundlich*)²⁹. De este modo, las disposiciones que se aplicaban eran siempre las mismas de la ex DDR, no sin antes haberlas «depurado» de las interpretaciones (*sozial Norm*) que éstas recibían, sistemática y constantemente, en el contexto histórico-político totalitario. A una operación de este tipo no se le oponía el principio de irretroactividad penal, puesto que ésta no comprende las interpretaciones jurisprudenciales³⁰. Sin embargo, hay que admitir que castigar a

-
- 25 En cuanto, no combatiendo debidamente el desangre (*Ausbluten*) del pueblo, era considerado inidoneo para asegurar una educación fiel al «espíritu comunista»: cfr. ROMMLER, *Die Gewalttaten*, cit., pp.172 y ss.
- 26 Los datos criminológicos y procesales son tomados de MARKEN-WERLE, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlin, 1999, pp. 141 y ss.
- 27 En este sentido, de una manera con la que se puede estar de acuerdo, JAKOBS, “Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?“, en *GA*, 1994, pp. 1 y ss., 5 y ss.
- 28 Incluyendo aquel extrapenal. Por ejemplo, la negación del permiso de expatriación no daba lugar a impugnación alguna. Sobre esto cfr., nuevamente, ROMMLER, *Die Gewalttaten*, cit., pp. 63 y ss.
- 29 Esta orientación, iniciada por una sentencia del *Landgericht* de Berlín (*Jugendkammer*) en febrero de 1992 (en *NJ*, 1992, pp. 418 y ss.) y avalada por el *BGH* [Corte Suprema Federal] en un par de ocasiones (sentencia del 20 de marzo de 1995, en *NJW*, 1995, pp. 2728 y ss.; sentencia del 20 de marzo 1995, *ivi*, pp. 2732 y ss.), ha sido compartida por una parte de la doctrina. V. por ejemplo HIRSCH, *Rechtsstaatliche Strafrecht un staatlich gesteuertes Unrecht*, Düsseldorf, 1996; F. HERZOG, “Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze“, en *NJ*, 1993, pp. 1 y ss.; SCHREIBER, “Die Strafrechtliche Aufarbeitung vom staatlich gesteuerten Unrecht“, en *ZStW*, 1995, pp. 157 y ss.; WASSERMANN, “Regierungskriminalität un justitielle Aufarbeitung: Möglichkeiten un Grenzen“, en *Driz*, 1993, pp. 137 y ss.; BURIAN, “‘Richterliches’ Unrecht in totalitären Staat“, en *ZStW*, 2000, pp. 106 y ss.
- 30 Que el juez encargado, sin perjuicio de la prohibición de analogía, tenga total libertad para separarse de la interpretación constante y consolidada que una disposición penal (por ejemplo una incriminante o agravante, o una norma sobre la licitud o en cualquier caso favorable) recibía en el *tempus delicti*, cuando también el *reversal* redunde en contra del reo, es asumido unánimemente en todos los sistemas

los *Mauerschützen* con base en disposiciones que nunca habían sido interpretadas en un sentido «amigo de los derechos humanos», significaba aplicar un Derecho que jamás había existido, un Derecho surreal, imaginario³¹, que llevaba a reducir el juicio de culpabilidad-exigibilidad a una mera ficción³². La otra orientación jurisprudencial³³, posteriormente retomada y desarrollada por la Corte Constitucional, prefirió acudir a los criterios iusnaturalistas usados en Núremberg (la IIª Fórmula de Radbruch). Éstos, que no eran suficientemente claros, fueron concretados, actualizados y positivados mediante la referencia a las normas y a los principios del Derecho internacional general y de los pactos sobre la protección de los derechos humanos³⁴. En otras palabras, esta vertiente de interpretación terminó sustituyendo el *universal* Derecho natural, por el *universal* Derecho de los derechos humanos³⁵. De hecho, una vez rechazada de manera más o menos explícita la tesis que se enfocaba en la posibilidad de separar una disposición escrita de su interpretación, esta corriente prefirió declarar inválidas las disposiciones de los arts. 27 Gg, 213 DDR StGB *ab initio* (un «no-derecho») por encontrarse directamente en conflicto con los «preceptos elementales de justicia-derechos humanos». Considerar que la legislación sobre

penales continentales. En cuanto al ordenamiento alemán, por ejemplo, v. LACKNER, KÜHL, sub § 1, *Stafgesetzbuch Kommentar*²⁶, München, 2007, p. 10; HASSEMER, KARGL, sub § 1, en KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN (Hrsg), *Strafgesetzbuch Kommentar*², I, Baden-Baden, 2005, pp. 164 y s.; MAUNZ, DÜRIG, sub Art. 103, Abs. 2, cit., 53. A nivel de manuales, cfr. WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, AT³⁹, Heidelberg, 2009, pp. 12 y s.; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT⁴, Baden-Baden, 2009, p. 41.

- 31 Como, entre otros, lo resaltan en sentido crítico DANNECKER, “Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung”, en *Jura*, 1994, pp. 585 y ss.; ISENSEE, “Rechtsstaat-Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands”, en ISENSEE-KIRCHOF (coord.), *Hanbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1997, pp. 3 y ss.; y AMELUNG, “Todesschüsse an der Mauer in Februar 1972. Anmerkung”, en *NZS*, 1995, pp. 29 y ss.
- 32 Considerando que para la punición retroactiva «por vía jurisprudencial» la prohibición de retroactividad no era un obstáculo, toda la cuestión de la posible renuncia a la pena para los soldados del muro se proyectó en el ámbito del juicio de reproche subjetivo, el cual, sin embargo, fue sustancialmente evitado (afirmando que los *Mauerschützen* no podían no percibir la «injusticia extrema» de la *Staatpraxis*, de la cual habrían podido y debido disociarse. Sobre este tema son bastante críticos FROMMEL, *Die Mauerschützenprozesse*, cit., pp. 90 y s.; y ROXIN, “Anmerkung”, en *JZ*, 1995, pp. 48 y ss.
- 33 Que también fue iniciada por el *Landgericht* de Berlín (sentencia del 20 de enero de 1992, *NJ*, 1992, pp. 269 y ss.), e igualmente avalada por el *BGH* (sentencias del 3 de noviembre de 1992 y del 25 de marzo de 1993, ya citada; v. también la sentencia del 26 de julio de 1994, en *BGHSt*, 40, pp. 241 y ss.). Esta orientación suscitó en la doctrina un entusiasmo particular. V., por ejemplo HÄBERLE, “Diskussionbeitrag”, en *VVDStRL*, 1992, pp. 117 y ss.; KINKEL, “Wiedervereinigung uns Strafrecht”, en *JZ*, 1992, pp. 485 y ss.; BUCHNER, *Die Rechtswidrigkeit der Taten von “Mauerschützen im lichte von art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts. Ein Beitrag Problem der Verfolgung von staatlich legitimierten Unrecht nach Beseitigung des Unrechtssystems*, Frankfurt a. M., 1996.
- 34 Así, glosando las deliberaciones de los jueces alemanes, VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., pp. 98 y ss., 109 y ss.; conf. AMBOS, *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales al muro*, Bogotá, 1999, pp. 15, 19.
- 35 De un modo con el que se puede estar de acuerdo, habla de un acercamiento *neo-iusnaturalista* DE FRANCESCO, “Review essay”, en *JICJ*, 2003, pp. 728 y ss.

los límites inter-alemanes jamás había existido, significaba hacer revivir para estos casos el tipo penal del homicidio previsto por el *DDR StGB*, 'superando' así cualquier problema intertemporal³⁶. Por lo tanto, ambas posturas interpretativas «evitaron» el precepto intertemporal, aunque lo hayan hecho siguiendo caminos diferentes: mientras la primera llevó a sus últimas consecuencias la incapacidad de la prohibición de retroactividad de condicionar la labor interpretativa, la segunda se ideó un criterio capaz de invalidar *ex tunc* la disciplina respecto a la cual se habría podido presentar un problema de irretroactividad. La Corte Constitucional, como se había dicho, retomó y completó la segunda tesis, pasando de la declaración de invalidez por «injusticia extrema» de una parte del ordenamiento, a la declaración de invalidez por «injusticia extrema» de cualquier actuación estatal de la DDR. Al casarse con una aproximación de este tipo, no había ya necesidad de «evitar» el problema de la irretroactividad, pues para castigar los crímenes estatales, la norma podía y debía ser *abiertamente* quebrantada.

Incluso *el «derecho» a la verdad-aclaración que tienen las víctimas y sus familiares*³⁷, ha sido frecuentemente despersonalizado con el objetivo de construir y tutelar la memoria colectiva, a través de la liturgia del proceso público, y ello a pesar de que la finalidad (comprobación de responsabilidades individuales...) y los métodos (...mediante estándares probatorios sujetos a estrechos límites) de la justicia penal no se presten bien para investigar la historia y, por ende, tampoco para fabricar una memoria compartida³⁸.

Además, *el «derecho» de las víctimas a la persecución, punición y estigmatización de los culpables* («right to prosecution», «right to see perpetrators put in jail», «retributive purpose», «derecho a la justicia»), ha sido disuelto en una instancia

36 En este sentido, también ALEXY, *Mauerschützen*, cit., pp. 32 y ss.

37 A propósito de las transiciones gestionadas con el Derecho penal, habla de un *derecho a la verdad* de las víctimas, cuya satisfacción produce un efecto de cohesión nacional, también TOMUSCHAT, *National prosecutions*, cit., especialmente pp. 158 y s.

38 Sobre la incapacidad de la justicia penal de buscar y cristalizar la verdad histórica, v. MARKEN, *Comment on C. Shaefgen paper*, en WERLE, *Justice in transition*, cit., pp. 27 y ss; MINOW, *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*, Boston, 1998, p. 78. De manera más general, sobre las profundas diferencias metodológicas entre el acercamiento judicial y la investigación histórica, cfr. GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Milano, 2006. Comentando (también) desde una perspectiva crítica la ley española sobre la memoria histórica de 2006, que tiene como fin declarado el rendir homenaje a todas las víctimas de la guerra civil y de la dictadura (lo que el autor define acertadamente como derechos «a la memoria individual»), RAMOS VÁSQUEZ, "Mi hermano y mi enemigo: la gestión de la memoria histórica en la legislación penal franquista", traducción italiana: *Mio fratello e mio nemico: la gestione della memoria storica nella legislazione penale franchista*, en www.forumcostituzionale.it. Sobre la vinculación entre la verdad individual y la memoria colectiva, v. también CORREA, "Dealing with the past human rights violations: the Chilean case after dictatorship", en KRITZ (coord.), *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, II, Washington D.C., 1995, pp. 478 y ss.

catártico-liberatoria de pacificación social³⁹.

Y finalmente, el supuesto «derecho» a la democracia de las víctimas del totalitarismo («right to democracy», «right to democratic governance»)⁴⁰ ha sido objetivizado en una especie de mega-principio de constitucionalidad⁴¹ o, de manera más precisa, en una serie de macro-bienes que encarnan la idea de la democracia (el respeto de los derechos humanos, la efectiva separación de poderes, las garantías de la legalidad, el pluralismo), a cuya re-afirmación y convalidación *hacia futuro* ha sido funcionalizada la gestión punitivo-penal *del pasado*.

En efecto, se ha frecuentemente atribuido al Derecho penal *in transition* una función socio-pedagógica⁴² o de prevención general en sentido lato⁴³, consistente en inculcar, implementar y consolidar, en el ámbito de la sociedad naciente, la autoridad y la validez de los ideales democráticos (*Rule of law*, tutela de los derechos humanos, pluralismo, etc.)⁴⁴. En otras palabras, la condena del *pasado* totalitario habría servido para reivindicar *para el futuro* la intangibilidad del Estado de Derecho⁴⁵, dejando claro que las involuciones anti-democráticas no quedarían impunes⁴⁶. Sin embargo, viéndolo bien, aún impidiendo que el neonato sistema

39 Al respecto v. TEITEL, *Transitional justice*, cit., 49 ss.; ABRAMS, HAYNER, "Documenting, acknowledging and publicizing the truth", en BASSIQUINI (coord.), *Post-conflict justice*, New York, 2002, pp. 283 y ss., 288. Sobre el vínculo funcional entre la punición de los culpables y la pacificación social, cfr. SCHLUNCK, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin, 2000, 129 ss.; UPRIMNY, SAFFON, "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en RETTBERG (COORD.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Bogotá, 2005, pp. 211 y ss., 224 y ss.

40 Aunque haya sido bastante criticada, existe una opinión según la cual el Derecho internacional reconoce y protege un auténtico derecho a la democracia, entendido tanto en una dimensión procesal-electoral (*right to democracy as rights of political participation*), como en una acepción sustancial (*right to democracy as right to protection of human rights*): cfr. FOX, voz "Democracy, Right to, International Protection", en *Max Planck Encyclopedia*, consultable en www.mpepil.com.

41 Para retomar la categoría elaborada por ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, especialmente pp. 47 y ss.

42 DOUGLAS, *The memory of judgement: making law and history in the trials of the Holocaust*, New Haven, 2001, especialmente pp. 2-7.

43 RÜCKERL, "NS-Prozesse: warum erst heute? - Warum noch heute? - Wie lange noch?", en IO (COORD.), *NS-Prozesse nach 25 Jahren Strafverfolgung: Möglichkeiten, Grenzen, Ergebnisse*², Karlsruhe, 1972, pp. 34 y ss.

44 V. por ejemplo FILIPPINI, MAGARELL, *Instituciones de la justicia de transición y contexto político*, en RETTBERG (COORD.), *Entre el perdón y el paredón*, cit., pp. 158 y ss.

45 VARGA, *Transition*, cit., especialmente pp. 122 y s., 140 y ss., de acuerdo al cual la punición retroactiva no debilita, sino que al contrario refuerza los fundamentos del constitucionalismo.

46 SCHAEFFGEN, "Dealing with the communist past – Prosecutions after German reunification", en WERLE (COORD.), *Justice in transition*, cit., pp. 15 y ss., 25, donde por lo demás destaca que la «punición del pasado» es un elemento *indispensable* para obtener una efectiva y duradera reconciliación-pacificación social.

democrático se niegue a sí mismo (*Selbstaufgabe, Selbstverleugnung*); es decir, que suprima las garantías que «encarnan» su esencia (igualdad, respeto de los derechos humanos, irretroactividad, taxatividad, culpabilidad, etc.), se comprueba y confirma su validez⁴⁷. En últimas, es en la tesis que identifica en el «principio de democraticidad» el macro-bien tutelado por la justicia transicional, que anida un *dilema irresoluble*: mantener ciertas barreras significa sin duda re-afirmar la intangibilidad de los principios democráticos y la primacía de los derechos fundamentales, pero significa también traicionar unos y otros, legitimando *a posteriori* (*rectius*: no deslegitimando) regímenes que representaban la negación misma de la democracia (*evil regimes*)⁴⁸. Pero al mismo tiempo, la celebración de la «victoria de la democracia» mediante la estigmatización del *past wrongdoing* puede darse sólo sacrificando las garantías de la justicia penal liberal. Entonces, siguiendo una postura así, tanto la punición como la clemencia representan respuestas al mismo tiempo coherentes y contradictorias. Son precisamente la ambigüedad y la «circularidad» que afectan esta orientación lo que la hace especialmente permeable a las razones de la clase política entrante, la cual podrá invocar el fin de «consagrar la idea democrática» tanto para legitimar castigos retroactivos (solución que se puede practicar cuando la transición representa el epílogo de un conflicto socio-político, si es que no incluso militar, con «vencedores» y «vencidos»), como para justificar la opción clemencial (solución que es «obligatoria» cuando la transición del precedente al nuevo régimen es el fruto de una negociación política en la cual han participado activamente los líderes del sistema anterior, cuya ideología *sobrevive* a la revolución, como sucedió por ejemplo en Hungría, en Polonia y en Sudáfrica)⁴⁹.

A cada una de las exigencias *objetivas* apenas mencionadas, corresponde entonces un preciso derecho-interés *subjetivo* de las «víctimas del régimen», que son

47 Como sucedió en Hungría o en Polonia, donde la Corte Constitucional consideró inaceptable, por su carácter contradictorio, el intento de reivindicar la validez del ideal democrático (condenando el totalitarismo) a través de la violación del principio que encarna su esencia (*Rule of law*). En este sentido SCHULHOFER, ROSENFELD, TEITEL, ERRERA, "Dilemmas of justice", en *East Eur. Const. Review*, 1, 2, 1992, pp. 17 y ss. V. también *infra*, en este mismo numeral.

48 La punición retroactiva, en últimas, miraría al futuro, serviría para erigir un «permanent and unmistakable wall» [permanente e inolvidable muro] entre la vieja tiranía y las nuevas libertades y, por ello, para *construir* «a newly democratic political order» [un nuevo orden político democrático]: así, textualmente, TEITEL, *Transitional justice*, cit., pp. 28 y ss.

49 Sobre la transición sudafricana, y en particular sobre la admisión a la «mesa de negociaciones» de los autores del anterior régimen segregacionista, cfr. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005, especialmente pp. 24 y ss., 59 y ss. Para un comentario de esta obra, además en sentido crítico, se permita la remisión a VALENTINI, "La gestione della «giustizia di transizione» nell'esperienza sudafricana post-apartheid", en *Critica del Diritto*, 2005, pp. 301 y ss.

las auténticas protagonistas de las experiencias transicionales⁵⁰; y de este innegable protagonismo se derivan, en mi opinión, principalmente dos consecuencias.

En primer lugar, la decisión de no gestionar *tout court* el pasado, así como la de respetar *íntegramente* las garantías de la justicia penal liberal «de los tiempos normales», serán razonablemente practicables solamente en los casos en que no se acuda a prepotentes y reconocibles exigencias de punición, compensación y tutela de las víctimas.

Valga el ejemplo de la transición del este europeo, empezando por la experiencia polaca⁵¹ y la húngara. En ocasión de esta última, se decidió no punir los delitos (excepto los crímenes de guerra y contra la humanidad) cometidos durante la violenta represión húngaro-soviética de la «contrarrevolución» del '56, antes que transgredir los principios de irretroactividad y taxatividad o determinación⁵². De hecho, la Corte Constitucional Húngara declaró la inconstitucionalidad de tres actos normativos (el Zetenyi-Takacs Act de 1991; una ley de interpretación auténtica y una ley que modificaba el Código procesal, ambas del mes de febrero de 1993) con los que se había dispuesto la reapertura de los términos de prescripción para los delitos de traición, homicidio y tortura seguida de muerte, cometidos durante la represión comunista⁵³, afirmando que las exigencias de la legalidad tenían que prevalecer sobre la justicia sustancial y político-vengativa⁵⁴. Sin embargo, a pesar de que el Juez de las leyes haya fundado sus decisiones en razones de coherencia del

50 En cuanto al conflicto entre la exigencia de satisfacer los derechos y los intereses de las *victims of former regime* [víctimas del antiguo régimen] y los principios del Estado de derecho y, en particular, sus numerosas y generosas disposiciones de rehabilitación y reparación, establecidas luego de la caída de los regímenes totalitarios del este de Europa, cfr., con amplitud, CZARNOTA, HOFMANSKY, "Can we do justice to the past?", en KRIEGER, CZARNOTA (coords.), *The rule of law after communism*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney, 1998, pp. 197 y ss., al que se remite también para una crítica, que se comparte, al uso del Derecho penal como instrumento para reconstruir y «preservar» la memoria histórico-colectiva (pp. 208 y s.).

51 Al respecto, v. por todos el amplio recuento de WALICKY, "Transitional justice and the political struggles of post-communist Poland", en Mc ADAMS (coord.), *Transitional Justice and the Rule of Law in new democracies*, Notre Dame, 1997, pp. 185 y ss.

52 Sobre la caída del régimen comunista en Hungría, cfr. la completa obra en clave histórico-política de RÉV, *Retroactive justice. Prehistory of Post-Communism*, traducción italiana: *Giustizia retroattiva. Preistoria del post comunismo*, Milano, 2007, especialmente pp. 63 y ss., 105 y ss.

53 Sólo el cuarto intento del parlamento de «hacer justicia del pasado» (siempre en 1993) tuvo mejor suerte: este acto, de hecho, fue declarado parcialmente conforme a la Constitución en el apartado en el cual admitía la punición retroactiva de los crímenes de Derecho de guerra y contra la humanidad: sobre el «tira y afloje» entre el Parlamento y la Corte Constitucional en la transición húngara, v. la reconstrucción de HALMAI, SCHEPPELE, "Living well is the best revenge. The Hungarian approach to judging the past", en Mc ADAMS (coord.), *Transitional Justice and the Rule of Law*, cit., pp. 155 y ss.

54 Al respecto MORVAI, "Retroactive justice based on international law: a recent decision by the Hungarian Constitutional Court", en *EECR*, II, 4, 1993, pp. 32 y ss.

ordenamiento⁵⁵, la decisión por las garantías liberales y la consiguiente impunidad obedecían sobre todo a motivos políticos. Por un lado, porque la transición del régimen totalitario al democrático fue el resultado de un acuerdo entre los «viejos» y los «nuevos» líderes⁵⁶. Por otro lado, y especialmente, porque la nueva Hungría quería presentarse ante Europa como un País en el que la democracia sería «tomada en serio»⁵⁷. Ahora bien, aunque sea innegable que los objetivos que determinaron la opción húngara fueron eminentemente políticos (y este discurso se puede plantear frente a todo el «bloque soviético»: la ex URSS, Polonia, Checoslovaquia, Bulgaria y Rumania), también es verdad que la opción de la clemencia fue posible porque se trataba de «revoluciones de terciopelo» (*peaceful* o *velvet revolutions*), donde aterrizaron suavemente⁵⁸ regímenes que, además de obtener un gran nivel de apoyo de todas las partes sociales, habían sido progresivamente depurados de los responsables de las «atrocidades estalinianas» (ya lejanísimas en el tiempo) y ampliamente reformados «en sentido occidental» (en una óptica de reconocimiento y garantía de los derechos y las libertades individuales). Esto significa, en otras palabras, que en aquellos contextos *ya no eran* reconocibles y preponderantes las instancias retributivo-compensatorias y la tutela de las «víctimas del comunismo».

En segundo lugar, y especialmente, el *modelo* ideal para «superar el pasado» será aquél capaz de satisfacer *todas* las pretensiones presentadas por la «comunidad de los inocentes». De esto se hablará a continuación.

55 En el sentido de que habría sido gravemente contradictorio si el primer acto de la nueva democracia hubiese consistido en la negación de las garantías democráticas: habría sido como ponerse en el mismo plano del *outlaw State*. Sobre las leyes penales retroactivas como práctica típica de los regímenes totalitarios, cfr. CADOPPI, "Il principio di irretroattività", en Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*³, Bologna, 2006, pp. 174 y ss., 177.

56 De hecho, la llegada de la democracia había sido preparada por las amplias «reformas occidentales» (especialmente en materia económica) del Gobierno Kádár de los años '70 y '80; fue el mismo gobierno «saliente», luego, el que entregó *pacíficamente* el poder político a las manos de los nuevos líderes: UDVAROS, *Hungary*, en ESER, ARNOLD, *Strafrecht in Reaktion*, cit., pp. 318 y ss.

57 La Corte, en últimas, quiso enviar un claro mensaje: «that the new regime would be more liberal than its predecessor»: así TEITEL, *Transitional justice*, cit., pp. 16 y s., quien subraya también la profunda diferencia entre el contexto político de la post-transición húngara y aquel alemán. De hecho, frente a Alemania pesaba una incomparable herencia histórica (los horrores del nacionalsocialismo); por ello, la opinión pública nacional e internacional esperaba una condena muy severa de aquellos que no habían aprendido la «lección de Núremberg», sino que, al contrario, habían depreciado nuevamente los derechos fundamentales: al respecto, entre otros, MUHM, "Il "muro di Berlino", i processi paralleli e il diritto naturale in Germania", en *IP*, 1994, pp. 625 y ss.

58 Esta expresión es de VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., pp. 239 y ss., 243.

3. Por qué el Derecho penal encarna el modelo ideal de «gestión del pasado»

La circunstancia de que en la justicia de transición no haya verdaderos bienes jurídicos, sino derechos-intereses de víctimas que reclaman una tutela *a posteriori*, explica por qué el modelo del “borrón y cuenta nueva” (ver antes el numeral 1) inevitablemente está destinado a fracasar; es decir, no llega a alcanzar los macro-objetivos a los que siempre se declara servir: *porque ese modelo no satisface ninguna de las pretensiones exaltadas por los protagonistas de las experiencias transicionales.*

En últimas, la decisión de “eliminar y esconder el pasado”⁵⁹, o sea de renunciar a los mecanismos públicos y formales de revisión y reelaboración (me refiero a los casos de la denominada amnistía “amnésica”⁶⁰, o “absoluta”⁶¹, o “en blanco”⁶², o “sin costos”⁶³), nunca ha generado un efectivo y duradero efecto de reconciliación en cuanto deja insatisfechas *todas* las pretensiones de las víctimas, impidiendo la identificación del culpable (frustración del “derecho” a la verdad)⁶⁴, renunciando a su punición (frustración del “derecho” a la condena) y negando la reintegración de las víctimas al *estatus* de ciudadanos tutelados (frustración del “derecho” a la compensación-rehabilitación)⁶⁵.

No es casual que en España, ejemplo paradigmático de la “no gestión” del pasado⁶⁶, se haya advertido, treinta años después, la necesidad de aprobar una ley con la precisa finalidad de hacer un homenaje a la memoria de las víctimas de la guerra civil y de la dictadura, cuyas pretensiones de verdad y de rehabilitación-

59 También ARNOLD, *Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktionen*, cit., p. 15, se pregunta si detrás de la adopción del modelo “borrón y cuenta nueva” no se esconda, en realidad, el intento de «enterrar la verdad» borrando y olvidando el pasado.

60 AMBOS, *El marco jurídico*, cit., p. 63.

61 Cfr. Por todos CASSESE, DELMAS MARTY (coords.), *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, Paris, 2002, pp. 108 y ss.

62 *Blanket amnesties*, como no fue la sudafricana: cfr. SARKIN, “The amnesty hearing in South Africa Revisited”, en WERLE (coord.), *Justice in transition*, cit., pp. 43 y ss.

63 TOMUSCHAT, *National prosecutions*, cit., pp. 160 y s.

64 Así, sustancialmente, también AMBOS, *El marco jurídico*, cit., p. 65.

65 Sobre este último aspecto, a propósito de la justicia penal internacional, SELLS, WIERDA, *The International Criminal Court and conflict mediation*, en www.ictj.org

66 España eligió una macro-amnistía «en blanco», con el preciso (y fracasado) intento de obtener un efecto de pacificación nacional mediante la eliminación-olvido de cuarenta años de dictadura: TEITEL, *Transitional justice*, cit., p. 53; ESER, ARNOLD (coord.), *Geleitwort*, cit., p. XV. En efecto, las disposiciones de clemencia del '76 y del '77, tuvieron que ver con prácticamente todos los tipos de delincuencia, incluso aquella no estrictamente política, vinculadas al periodo de la guerra civil y de la dictadura de Franco: cfr. PÉRES DEL VALLE, TORRES AYUSO, “España”, en ESER, ARNOLD (coord.), *Strafrecht in Reaktion*, cit., pp. 267 y ss.

reparación *no habían sido satisfechas*; y tampoco es casualidad que en Italia, de manera casi regular, los jueces, historiadores y periodistas se sigan ocupando de las masacres nazifascistas y de las víctimas del antifascismo, revisando y en algunos casos reelaborando la larga y esquizofrénica transición italiana⁶⁷. En esas dolorosas circunstancias, y después de que se emanaran algunas leyes penales declaradamente retroactivas, le siguieron dos años (1945-1946) de procesos penales sumarios, acompañados de “purgas antifascistas” en el norte de Italia. Sin embargo, muy pronto la jurisprudencia empezó a inaplicar esas leyes de justicia retroactiva, aprovechándose del desafortunado léxico utilizado por el legislador, terminó por derogarles en vía interpretativa⁶⁸. La “amnistía Togliatti” de 1946, fue interpretada de manera increíblemente generosa, y completó este recorrido de indulgencia, lleno de absoluciones realmente muy graves⁶⁹. Entones, a pesar de esta micro-introducción justicialista, tanto el legislador (de manera oculta) como los jueces (abiertamente) terminaron por adoptar el modelo del “borrón y cuenta nueva”; por eso no sorprende que la previsión de clemencia promovida por Togliatti no haya alcanzado el declarado intento de “pacificación nacional”⁷⁰.

Adicionalmente, todo esto explica por qué la opción sudafricana *no representa el modelo ideal* con el cual gestionar los fenómenos transicionales y, en todo caso, representa un esquema que *corre el riesgo de fracasar* en sus objetivos (*Verdad*, ciertamente, pero también *Reconciliación*).

De hecho, aunque es cierto que el “derecho” a la verdad-memoria encuentra pleno reconocimiento a través de mecanismos de este tipo (que a diferencia del proceso penal, utilizan estándares probatorios muy flexibles y no se limitan a investigar sobre las responsabilidades personales, revelando escenarios “más globales”⁷¹ y “sistémicos”)⁷², también es cierto que éstos defraudan a las víctimas en su pretensión

67 Regresa sobre este tema, recientemente, analizándolo (también) en sentido jurídico, DONINI, “La gestione del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l’elaborazione del passato “mediante il diritto penale””, en *Mat. storia cult. giur.*, 1/2009, pp. 183 ss., quien al final admite que, en Italia, estamos «aún lejos de una memoria común».

68 Sobre los pasajes argumentativos mediante los cuales la jurisprudencia llega a una *interpretatio abrogans* de las incriminaciones retroactivas, cfr. el minucioso y lúcido análisis de BATTAGLIA, “Giustizia e politica nella giurisprudenza”, en AA.VV., *Dieci anni dopo (1945-1955). Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, 1955, pp. 317 y ss.

69 Sobre el particular, v. el amplio recuento de FRANZINELLI, *L’amnistia Togliatti. 22 giugno 1946 colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano, 2007, spec. pp. 37 y ss, 141y ss.

70 Cfr. nuevamente FRANZINELLI, *L’amnistia Togliatti*, cit., p. 220.

71 Así, entre muchos otros, HAVEL, “Public law and the construction of collective memory”, en BASSIOUNI, *Post conflict*, cit., pp. 389 y ss.

72 Cfr. nuevamente MINOW, *Between vengeance and forgiveness*, cit., p. 78.

de persecución-punición de los culpables⁷³, cuya satisfacción constituye uno de los elementos que *garantizan* la obtención de la paz social.

En otras palabras, la identificación de los responsables a través de un rito formal, público y participativo⁷⁴, así como las medidas rehabilitativo-compensatorias que se le pueden agregar a éste, *no agotan las tareas de una 'paradigmática' justicia transicional*⁷⁵, la cual, si elige negar a las víctimas el descanso (*relief*) que produce el castigo de sus verdugos, corre el riesgo de no lograr buena parte de sus macro-objetivos y, en particular, pone en peligro el objetivo de una pacificación duradera.

Es cierto que la alternativa sudafricana es de cualquier modo preferible a la *blanket amnesty* y, en el caso específico, no se podía haber hecho nada mejor⁷⁶. Sin embargo, estoy convencido de que, cuando a ello no se opongan importantes razones políticas, la "superación del pasado" debería dejarse al 'modelo punitivo'⁷⁷, pues sólo la justicia penal está en capacidad de saciar *de manera integral* los derechos de las víctimas, permitiendo al mismo tiempo la identificación formalizada y participativa de los responsables, su condena y la estigmatización de sus crímenes, y la reparación moral y material por las violencias sufridas⁷⁸. Finalmente, es sólo respondiendo a *todas* las pretensiones presentadas por los protagonistas de la justicia de transición, que se garantiza la superación *definitiva* del pasado.

73 Como ha sustancialmente sucedido en Sudáfrica: NERLICH, "Lessons for the International Criminal Court: the impact of criminal prosecutions on the South Africa amnesty process", en WERLE (coord.), *Justice in transition*, cit., pp. 55 y ss., 62 y s.

74 Es el momento de la clarificación pública y formalizada de la verdad sobre el pasado, como lo llama TEITEL, *Transitional*, cit., pp. 46 y s., 49 y ss.

75 Así, textualmente, TOMUSCHAT, *National prosecutions*, cit., p. 159.

76 De hecho, en la transición sudafricana, los «enemigos» participaron en las negociaciones para la construcción de *Rainbow Nation*, canjeando el poder político por la impunidad (v. nt. 50). En efecto, está claro que las viejas élites no se habrían sentado jamás a la «mesa de negociaciones» sabiendo que, luego de la «entrega» del poder político, habrían sido procesadas por los crímenes del pasado. Al respecto, v. FERNANDEZ, "Post-TRC prosecutions in South Africa", en WERLE (coord.), *Justice in transition*, cit., pp. 65 y ss., 79.

77 Parece admitirlo también AMBOS, *El marco jurídico*, cit., pp. 33, 39 y s., 72, cuando afirma que, en las experiencias de justiciatransicional, la punición de los crímenes del pasado vale como *principio general*, que, en cuanto tal, puede tolerar *excepciones estrictamente definidas* de acuerdo a las exigencias de las variables socio-políticas.

78 Entiende perfectamente la vinculación funcional entre la satisfacción de los derechos de las víctimas y la superación del pasado, considerando la justicia punitiva retroactiva el modelo ideal («more appropriate», «best option») con el cual gestionar los fenómenos transicionales, también GOLDING, "Retroactive legislation and restoration of the Rule of Law", en BYRD, HRUSCHKA, JOERDEN, *Annual Review of Law and Ethics*, I, Berlin, 1993, pp. 169 y ss., especialmente pp. 187 y ss. Naturalmente, al resarcimiento moral y material que se puede obtener dentro del proceso penal podrán (y tendrán que) agregarse disposiciones de carácter restitutivo-rehabilitativo capaces de reintegrar plenamente a las víctimas a su estatus de ciudadanos: SCHAEFFGEN, *Dealing*, cit., pp. 16 y s.

Ahora bien, es sin duda verdad que el Derecho penal es por naturaleza inidóneo para reconstruir la verdad histórica y, por eso, para proteger la memoria colectiva. Como mucho (y no es que esto sea poco) puede ofrecer algunos elementos cognoscitivos a los historiadores⁷⁹ y generar un debate socio-político fuera de las aulas de las Cortes⁸⁰.

Por estas razones, aunque la gestión penal-punitiva de las transiciones sólo puede reconstruir memorias *individuales*, calmar necesidades *individuales* de justicia, rehabilitar y compensar *individuos*, al hacerlo, produce un general y progresivo efecto de estabilización-armonización social, precisamente porque no “deja en suspenso” ninguno de los derechos-intereses exaltados por la “parte de sociedad” a la que específicamente se dirige.

En conclusión, en las experiencias de *Justicia Transicional* surge de manera paradigmática la colisión entre las garantías liberales y la tutela de la “comunidad de inocentes”, entre la protección del reo *frente* al Derecho penal y la “satisfacción” de las víctimas *mediante* el Derecho penal. Y a diferencia de lo que normalmente se piensa, o en todo caso se admite, el Derecho penal *en transición* y la justicia penal europea están unidas por un hilo conductor que no es en absoluto sutil. Veamos por qué.

4. Justicia penal europea, derivaciones securitaristas y aproximación victimocéntrica

Empezamos precisando que, por «justicia penal europea» se entiende aquí el modelo de justicia penal en el que ‘piensa’ la Corte de Estrasburgo cuando se la llama a pronunciarse sobre la violación, por parte del Estado, de las libertades fundamentales consagradas en la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (CEDH).

La Convención Europea, incluso respecto a otros pactos internacionales sobre la tutela de los derechos humanos, es particularmente «pobre» en disposiciones que tengan que ver con la justicia penal⁸¹. Sin embargo, puesto que el poder punitivo incide «ontológicamente» en los derechos y bienes fundamentales, es obvio que un «juez de derechos humanos» se ocupe continuamente de ellos, así como se da por cierto que esos derechos se conciben no sólo como *límites* al poder coercitivo,

79 WEINKE, “Comment on C. Schaeffgen’s paper”, en WERLE (coord.), *Justice in transition*, cit., pp. 33 y ss.

80 MINOW, *Between vengeance and forgiveness*, cit., pp. 125 y s.

81 Exceptuando los arts. 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) y 6 (derecho a un proceso justo), que conciernen al procedimiento y al proceso penal, así como el art. 7 (prohibición de retroactividad punitiva) y, en parte, el art. 3 (prohibición de tortura), que en cambio tienen que ver con el Derecho penal material, en la Convención no hay rastros de los «acostumbrados» principios del Derecho penal constitucional continental (por ejemplo los principios de culpabilidad, lesividad, finalidad reeducativa de la pena, etc.).

sino también como entidades que se deben proteger *mediante* el poder coercitivo⁸². Por otro lado, la defensa social (*favor societatis*) y el respeto por los derechos fundamentales (*favor rei*) son dos macro-principios que se contraponen y sobre los cuales se sostienen, con un delicado equilibrio, todos los sistemas penales democráticos⁸³.

Ahora bien, aunque no exista un poder normativo-penal *directo* y en cabeza de los organismos de la Unión Europea (no existe una auténtica «EU Criminal Law»...) ⁸⁴, existe una marea de legislación europeo-comunitaria en materia penal (... existe mucha «EU Legislation in criminal matters») *abiertamente* inspirada en lógicas de seguridad⁸⁵ y, *en consecuencia*, también de lucha contra el crimen; lógicas político-criminales que entran directamente en conflicto con el «reo-centrismo» (o individual-garantismo, o *favor libertatis*) que anima a la cultura penal y al derecho constitucional continentales⁸⁶.

82 Al respecto, en la literatura italiana, v. el amplio análisis de BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, pp. 149 y ss., 200 y ss. y *passim*.

83 Cfr., por todos, VASSALLI, "I principii generali di diritto nell'esperienza penalistica", en *RIDPP*, 1991, pp. 699 y ss, 704 y s.

84 El Tratado de Lisboa, que rige desde diciembre de 2009, dejó *sin cambios sustanciales* el anteriormente vigente «reparto de atribuciones» en materia penal entre la Unión Europea y los Estados miembro. De hecho, es verdad que este pacto portugués eliminó la *Estructura de Pilares*; es decir que 'comunitarizó' el «pilar penal» (lo que significa teóricamente que la legislación europea en *materia penal* será obligatoria para los ordenamientos nacionales). Sin embargo, este texto también introduce muchas reglas dirigidas a *circunscribir, condicionar y delimitar* esa 'comunitarización': desde las disposiciones-principio que hacen referencia a la necesidad de respetar la diversidad entre los sistemas legales y las tradiciones nacionales, a las reglas que reducen la competencia de la Unión en cuanto a la armonización del proceso penal; desde las reglas que circunscriben los instrumentos legislativos adoptables en materia penal (sólo las directivas), hasta el principio, introducido por el Tratado de Maastricht y que ha sobrevivido durante el trascurso del tiempo, según el cual las competencias de la Unión en materia penal no podrán afectar la soberanía estatal, en lo que tiene que ver con «el mantenimiento del Derecho y del orden y la salvaguarda de la seguridad interna»; desde la supervivencia de la lógica de la subsidiariedad de la acción europea, hasta las previsiones de un mecanismo (el denominado procedimiento de emergencia, arts. 82-83 TFEU) que permite a los Estados en particular bloquear, con un veto (al parecer) inimpugnable, la eficacia y la aplicabilidad de la legislación europea en materia penal, allí donde se la considere en conflicto con 'aspectos fundamentales' de la justicia penal doméstica, y cosas similares. Finalmente, una mirada más detenida sobre este joven Tratado demuestra que al revolucionar el orden institucional de la UE, ha introducido y/o mantenido una serie de «correctivos» (*intergovernmental elements*) orientados a dejar sustancialmente inalterado el anterior orden de las relaciones entre el Derecho supranacional y el Derecho penal doméstico, resolviendo la ponderación entre las razones de la soberanía nacional, por un lado, y la exigencia de contrastar la criminalidad transfronteriza a través de una acción común, por el otro lado, *a favor de las primeras*: cfr., al respecto, las lúcidas observaciones de Mitsilegas, *EC Criminal Law*, Oxford-Portland, 2009, pp. 7, 13 y s., 36 y ss., 107 y ss.

85 Sobre la corriente securitarista (expansión...) y represiva (... y agravamiento de las cargas sancionatorias) de la actual política criminal europea, activada precisamente por la progresiva irrupción de las víctimas en el Derecho y en el proceso penal, cfr. también MIRANDA RODRIGUEZ, *O Direito Penal europeu emergente*, Lisboa, 2008, pp. 120 y ss.

86 Por eso las recientes preocupaciones de la ciencia penal, que ha sentido la necesidad de recordarle al legislador supranacional las buenas razones de la justicia penal liberal, son indudablemente fundadas:

Sin embargo, es mucho más alarmante que a la misma orientación victimo-céntrica y securitarista la sobrepase el que, *erróneamente*, es considerado por muchos como el guardián europeo de las garantías individuales, como el órgano que se distingue entre el «coro de la lucha» y que entona un «contra canto», pretendiendo *en todo caso* el respeto del *habeas corpus* y de la dignidad humana⁸⁷.

Por supuesto, la máquina convencional es activada por individuos que se declaran *víctimas* de una lesión de sus derechos fundamentales por parte del Estado. Se trata entonces de un mecanismo pensado y «construido» para tutelar a las *víctimas* y, por ende, es «hipersensible» frente a éstas. Por eso, *así como sucede en la justicia transicional*, tampoco dentro del sistema CEDH hay bienes jurídicos que funcionen como criterios de legitimación *negativa* de la intervención penal⁸⁸; en cambio, hay en su lugar derechos fundamentales de víctimas que obligan *positivamente* al Estado a su protección (también) mediante la criminalización.

No obstante, de un mecanismo *genéticamente* victimocéntrico se puede esperar que sea además *integral*, es decir, que no olvide que *también* el reo es una víctima potencial (del poder coercitivo penal)⁸⁹.

Pero esto no sucede casi nunca: a pesar de que los jueces europeos declaran continuamente que buscan un justo equilibrio entre las garantías individuales (tutela del reo *por lo* penal) y las garantías colectivas (tutela de las víctimas *mediante* lo penal), terminan igual y continuamente por ser *desproporcionadas* a favor de las

cfr. "Manifiesto sulla politica criminale europea", en *ZIS*, 12/2009, pp. 691 y ss., disponible en ocho idiomas y suscrito por catorce docentes e investigadores universitarios.

87 La más reciente bibliografía penal está llena de abanderados del (supuesto) 'garantismo' de la Corte europea: v. por ejemplo ABBADESSA, *Il "contro canto" della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'uropeizzazione della garanzia in materia penale*, en www.dirittoegiustiziaonline.it; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 344 y ss., 349 y ss.; FROWEIN, "The Interaction Between National Protection of Human Rights and the ECtHR", en WOLFRUM, DEUTSCH (coord.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Berlin-Heidelberg, 2009, pp. 51 y ss.

88 En el ámbito de la cultura jurídico-penal continental, sigue siendo dominante la tesis según la cual la relevancia constitucional de un bien o interés sólo funciona como criterio de legitimación *negativa* de la intervención punitiva: cfr. por ejemplo FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 5 ed, Bologna, 2008, pp. 15 y s. La inexistencia de obligaciones *positivas* de tutela penal, de fuente supranacional o extralegislativa, normalmente se reconduce al principio de subsidiariedad-*ultima ratio*: al respecto, entre los estudios italianos, v. PULITANO, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", en *RIDPP*, 1983, pp. 484 y ss.; STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, *ivi*, 1984, pp. 626 y ss.; GRASSI, "La Corte Costituzionale e il sindacato di legittimità in malam partem", en *IP*, 2007, pp. 141 y ss.; INSOLERA, "Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?", en *DPP*, 2007, pp. 671 y ss.

89 V. GARCÍA-PA *victimización* LANDROVE DIÁZ, *La moderna victimología*, Valencia, 1998, pp. 191 y ss.

segundas; y puesto que el reo y la víctima ocupan posiciones radicalmente opuestas⁹⁰, especialmente en el proceso⁹¹, es obvio que *preferir* los derechos-intereses de las segundas significa *mermar* las garantías que circundan la posición del primero.

Es precisamente a partir de una reinterpretación en clave social-defensiva y victimocéntrica que⁹², de hecho, la Corte de Estrasburgo:

l) ha deformado el modelo procesal en el que incluso declara inspirarse (el acusatorio)⁹³, abriendo espacios cada vez más profundos hacia una postura de tipo inquisitoria, la cual «protege» más efectivamente a las víctimas *del delito y del proceso*⁹⁴, sustrayéndolas a las experiencias de victimización secundaria⁹⁵, evitándoles la «tortura» de la evaluación de confrontación⁹⁶, y salvaguardando su vida privada y familiar. Incluso podríamos decir que, en el actual sistema convencional, la presunción

90 Se trata del denominado efecto péndulo o teoría de los vasos comunicantes que, en mi opinión y salvo algunas excepciones, es bastante certera. Al respecto v. SUBIJANA ZANZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006, especialmente pp. 99 y s.

91 Claro está que es verdad que el reconocimiento de *algunos* derechos procesales en cabeza de las víctimas es completamente «indoloro» para el acusado (como el derecho a la defensa técnica, o el derecho a ser informado sobre el estado del procedimiento). Sin embargo, es igualmente innegable que el *pleno* ejercicio de los derechos de defensa puede perjudicar los intereses y exigencias de tutela en cabeza de las víctimas del delito y «del proceso», y *viceversa*. Sobre este tema, v. MARTINEZ ARRIETA, “La víctima en el proceso penal (I)”, en *AP*, 4/1990, p. 44. Sobre la relación de ósmosis entre la valorización de la posición de la víctima y las *erosiones* de los derechos procesales del imputado, existe una amplia literatura: cfr., por ejemplo, JACKSON, “Justice for all: putting victims at the heart of criminal justice?”, en *JLS*, 30/2003, pp. 213 y ss.; ORVIS, “Balancing criminal victims’ and criminal defendants’ rights”, en MORIARTY (coord.), *Controversies in Victimology*, Cincinnati, 2003, pp. 1 y ss., 12 y ss.

92 De una «victim-centred interpretation» por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos hablan explícitamente WOLHULTER, OLLEY, DENHAM, *Victimology. Victimisation and Victims’ Rights*, London-New York, 2009, p. 126, subrayando, en particular, que es impensable ampliar los derechos procesales de las víctimas sin mermar los del acusado.

93 Sobre este tema, v. MAFFEI, “Un caso in tema di dichiarazioni testimoniali d'accusa «ritrattate» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, en *Cass. pen.*, 2002, pp. 1818 y ss.

94 Sobre la incompatibilidad entre el sistema acusatorio (*due process model*) y la protección de los intereses de las víctimas (el denominado *third partie*), v. ELLISON, *The adversarial process and the vulnerable witness*, Oxford, 2001, pp. 7 y ss. y *passim*; ROACH, *Due process and victims’ rights. The new law and politics of criminal justice*, Toronto-Buffalo-London, 1999, pp. 103 y ss. En particular, sobre la aptitud de los sistemas de tipo inquisitorio para tutelar eficazmente a las víctimas de delitos y a las víctimas-testigos, cfr. PIZZI, PERRON, “Crime victims in German courtroom: a comparative perspective on American problems”, en *Stanford Journal Int. Law*, 1996, pp. 37 y ss.

95 Entendiendo por éstas los efectos negativos que la víctima del delito sufre al entrar en contacto con el sistema penal y, en particular, al participar en el proceso: v. BACA BALDOMERO, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, TAMARIT SUMALLA (coords.), *Manual de victimología*, Valencia, 2006, pp. 32 y ss.

96 Sobre la posibilidad de que la *cross examination* de la víctima-testigo sobrepase el nivel de severidad necesario y suficiente para considerar que se da la violación del art. 3 CEDU, v. LONDONO, “Positive obligations, criminal procedure and rape cases”, en *EHRRLR*, 2007, pp. 159 y ss., especialmente pp. 163 y ss.

de inocencia «cohabita» con una (conflictiva) presunción a favor de su víctima⁹⁷; y es obvio que conducir un proceso presumiendo que haya una víctima equivale a presumir que hay un culpable, y no un inocente⁹⁸.

De la combinación de los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura) y 8 (respeto de la vida privada y familiar) de la Convención, la Corte extrae por vía hermenéutica una especie de «estatuto de derechos procesales» de la víctima-testigo que *se impone* sobre las garantías del acusado de que trata el art. 6 CEDH⁹⁹, las cuales se podrán reducir cuando su presencia exponga al testigo a presumibles represalias (art. 2), cuando su respectivo interrogatorio perjudique «sin justificación» la privacidad (art. 8), o cuando la *cross-examination* sea demasiado enérgica, incisiva e impertinente, produciendo condiciones «degradantes» de angustia y sujeción (art. 3). Se resaltan dos ejemplos: el derecho al contradictorio del art. 6, inciso 3, literal d) CEDH y el denominado testimonio anónimo. En cuanto a la obtención de la prueba declarativa la Corte de Estrasburgo ha empezado a avalar cada vez más, sobre todo, profundas limitaciones al derecho al contradictorio del acusado cuando surgen exigencias de tutela de las (presuntas) víctimas del delito¹⁰⁰, especialmente si son particularmente vulnerables¹⁰¹. Pero hay que tener cuidado con algo: según los

97 Sobre el conflicto-contradicción entre la presunción de inocencia y la presunción a favor de la víctima, SEELMANN, "Dogmatik und Politik der "Wiederentdeckung des Opfers"", en SCHMIDT (coord.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, Berlin, 1990, pp. 167 y ss.

98 Por otra parte, la Corte Europea considera *abiertamente* la presunción de inocencia como una regla de juicio meramente formal. De hecho, el juez es totalmente libre de estar convencido, *in interiore*, de la culpabilidad del acusado; pero lo que cuenta es sólo que no cometa la ingenuidad de exteriorizar esa convicción. Al respecto, v. SANCHIS CRESPO, "La justicia en la Constitución Europea: Aproximación al derecho a la presunción de inocencia a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", EN DE LA OLIVA SANTOS, ARMENTA DEU, CALDERÓN CUADRADO (coords.), *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 159 y ss. También afirman que la Corte Europea asume una versión extremadamente fluida y restrictiva de la presunción de inocencia ASHWORTH, *Principles of criminal law*, 6 ed, Oxford, 2009, pp. 72 y s.; y HERRING, *Criminal law. Text, cases and materials*, 3 ed, Oxford, 2008, pp. 55 y ss.

99 En cuanto a la inspiración exclusivamente reocéntrica que informa todo el art. 6 CEDH v. por todos GROENHUIJSEN, "Conflicts of victims' interests and offenders' rights in the criminal justice system: a European perspective", en SUMNER, ISRAEL, O'CONNEL, SARRE (coord.), *International victimology*, Camberra, 1996, p. 172.

100 Sobre la dimensión débil del contradictorio adoptada por la Corte Europea en cuanto a la admisión de la prueba v. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2000, pp. 52 ss.; y APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Padova, 2007, pp. 185 y ss., 192 y ss.

101 De esta manera, la *cross examination* se hace totalmente renunciabile, y frente a la que puede haber resignación ante la declaración de un «testigo clave» construída en otra sede (grabada previamente), siempre que la privacidad de esa víctima-testigo se pudiera ver comprometida por su comparecencia en el proceso. Nótese que todo esto se presenta incluso cuando no existen otros elementos a cargo: cfr. *SN c. Svezia*, 2/7/2002, en www.echr.coe.int, de acuerdo al cual el proceso sigue siendo *justo* cuando el acusado haya podido (hacer)interrogar al testigo-víctima durante las investigaciones preliminares *mediante* un servidor, y cuando en el debate le haya sido mostrada la grabación de la declaración de la víctima.

jueces de Estrasburgo, las «víctimas del proceso» no son solamente las personas ofendidas (o afectadas) por el delito objeto de comprobación procesal, sino también todos aquellos que, *por causa del proceso*, puedan llegar a ser víctimas de un delito¹⁰². De ahí que la posible disminución del derecho del contradictorio cuando sea necesario proteger a los «testigos», entendiéndolos por éstos todos los que rindan declaraciones que tendrá en cuenta quien juzga: agentes de policía encubiertos y consumidores de sustancias estupefacientes, por ejemplo, pero también correos¹⁰³ o coimputados¹⁰⁴; es decir, en conclusión: todas las víctimas «en potencia», que con frecuencia no son para nada inocentes ni vulnerables, de ofensas *diferentes* a aquella en torno a la cual son llamados a declarar. En cuanto al testimonio anónimo, la Corte considera que es admisible siempre que se presenten “razones suficientes” para temer represalias por parte del acusado, deducibles de la naturaleza del delito sobre el que se declara, del ambiente frecuentado por el presunto reo, o incluso de su fama¹⁰⁵. En conclusión, la Corte podrá legítimamente flexibilizar el derecho a un juicio justo (*right to fair trial*) del acusado, siempre que de temerarias máximas de la experiencia, de la conducta de vida o incluso del «carácter» del acusado, se deriven futuros y presuntos peligros para la vida, incluso la familiar, para la libertad y la seguridad de *todas* las potenciales víctimas del proceso.

II) Ha teorizado sobre *obligaciones positivas* de intervención y protección de los derechos fundamentales *de las víctimas* incluso a través del Derecho penal («duties to take action»), indicando como destinatarios de esta obligación a todos los sujetos institucionales: el legislador, cargado con la obligación de establecer incriminaciones disuasivas¹⁰⁶ y de diseñar una disciplina procesal que permita su

102 En uno de los casos más sorprendentes (*Camilleri c. Malta*, 16/03/2000, en *Cass. pen.*, 2002, pp. 1815 y ss.), se llegó incluso a considerar que una condena fundada *exclusivamente* en declaraciones testimoniales recogidas fuera del contradictorio era legítima, y que además *se habían retratado* esas declaraciones en sede de debate, bajo el presupuesto de que la narración precedente y la posterior, fuesen dos «verdades alternativas» entre las que escoger (*sic!*); y la valoración sobre la mayor consideración de las declaraciones hechas en la fase procedimental fue estimada como correcta en cuanto se entiende que la necesidad de presentar este retrato, fuese debida a las «presiones-amenazas» provenientes del acusado.

103 Corte Europea, *Lucà c. Italia*, 27/2/2001, en www.echr.coe.int

104 Corte Europea, *Birutis c. Lituania*, 28/3/2002, en www.echr.coe.int

105 Para una relación de los casos en los que la CEDH ha considerado suficiente el fundado temor a las represalias que se podrían ejercer por parte del acusado, cfr. BALSAMO, RECCHIONE, “La protezione della persona offesa fra Corte Europea, Corte di Giustizia delle Comunità Europee e carenze del nostro ordinamento”, en BALSAMO, KOSTORIS (coord.), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, pp. 309 y ss., donde hay amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales.

106 Cfr., entre muchas otras, *Osman c. Regno Unito*, 28/10/1998, en *JCP*, I, 1999, pp. 105 y ss., con nota de SUDRE. Sobre la tensión existente entre las obligaciones de penalización de fuente supranacional y la reserva de ley *en sentido sustancial*, entendida como *plena discrecionalidad* de las Asambleas legislativas en la elección de los comportamientos que merezcan o requieran de sanción penal, cfr.

«fácil materialización»¹⁰⁷; los investigadores e interrogadores, cargados con el deber «procesal» de realizar investigaciones efectivas, imparciales, diligentes y completas¹⁰⁸; los agentes estatales (militares, fuerzas de seguridad y de policía, dependientes de la administración penitenciaria, asistentes sociales), sobre los que grava el deber de disponer y adoptar en concreto todas las medidas práctico-operativas necesarias para prevenir lesiones de derechos fundamentales¹⁰⁹, y esto tanto cuando el susodicho agente esté efectivamente en conocimiento de la amenaza que le incumba¹¹⁰, como cuando habrían podido, razonablemente, preverla y, por ende, evitar su conclusión lesiva¹¹¹; y finalmente los jueces, gravados con la obligación de abandonar las «anacrónicas» posturas de equidistancia¹¹² y de castigar las lesiones de las libertades fundamentales

PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e di tutela penale*, Pisa, 2009, especialmente pp. 15 y ss.

- 107 Cfr., recientemente, *Perk e altri c. Turchia*, 28/372006, en www.echr.coe.int, § 54; cfr. también el «leading case» *X e Y c. Paesi Bassi*, 26/3/1985, en *RDI*, 1987, pp. 147 y ss., en donde la condena del Estado se basa en la presencia de *procedimientos obstáculo* para la persecución de un abuso sexual.
- 108 Al respecto, v. la magistral reconstrucción de MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on human rights by the European Court of human rights*, Oxford-Portland, 2004, especialmente pp. 211 y ss., que cuenta con amplias referencias. La violación de la «dimensión procesal» de los derechos convencionales, revela de manera autónoma, en el sentido que se agrega (*double violation*) o 'sustituye' a la «dimensión material», siempre que esta última sea difícil de probar. Obviamente, estas obligaciones positivas de contenido procesal, subsisten también cuando el indagado no sea un servidor público, sino un ciudadano particular: cfr. *Yasa c. Turchia*, 2/09/1998, *Reports* 1998-VI, pp. 2431 y ss. Sobre este asunto, v. también MOWBRAY, *Cases and materials on the European Convention of Human Rights*, 2 ed, Oxford, 2007, pp. 25, 100, 115 y s., 125.
- 109 Así, textualmente *Osman c. Regno Unito*, cit., § 115.
- 110 Como por ejemplo en los casos *Akkoç c. Turchia*, 10/10/2000 (*Recueil*, 2000-X) y *Kiliç c. Turchia* del 28/3/2000 (*Recueil*, 2000-III).
- 111 Valorando con mayor precaución la situación concreta (cfr. *Edwards c. Regno Unito*, 14/3/2002, www.echr.coe.int, relativa a un detenido asesinado por su compañero de celda esquizofrénico, en el que la violación del art. 2 CEDH por parte de los agentes estatales -penitenciarios- fue identificado con el «inadequate screening» del detenido que luego resultó ser peligroso), o adoptan, en el desarrollo o planificación de sus actividades, las medidas de prevención necesarias para neutralizar o minimizar los posibles riesgos de lesión: cfr. por ejemplo *McCann c. Regno Unito*, 27/9/1995, en *Série A* n. 324, donde el Estado (los militares) fue condenado por no haber adoptado todas medidas preventivas necesarias para reducir al mínimo el recurso a la fuerza homicida en el transcurso de una operación anti-terrorismo («lack of appropriate care in the control and organisation of operation»: § 212). De modo similar en *Ergi c. Turchia*, 28/7/1998, *Recueil*, 1998-IV, se le imputó al Estado (fuerzas de seguridad) no haber adoptado cautelas adecuadas en la planificación de una operación anti-terrorismo («insufficient precautions had been taken to protect the lives of the civilian population»: § 81).
- 112 La Corte Europea exige *explícitamente* a los jueces domésticos lo que DOMINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, en *Sudi quest. crim.*, 2/2007, pp. 55 y ss., 74 y ss., define como una 'hermenéutica de lucha', denunciando su incompatibilidad con la 'cultura de la jurisdicción', ubicándola entre las formas de manifestación de un *ilegítimo* Derecho penal de enemigo.

a través de una interpretación anti-indulgente (extensiva de las incriminaciones y restrictiva de las disposiciones que indiquen la licitud)¹¹³. En definitiva, la Corte Europea le exige a todos los actores estatales una actividad positiva que, aun teniendo diferentes interpretaciones según el diverso «rol institucional» ocupado por cada uno, está en todo caso declarada y claramente *dirigida a la prevención* de las ofensas a los derechos humanos.

El legislador debe prometer reacciones ejemplares capaces de *disuadir* a los potenciales reos; los investigadores deben investigar de manera incisiva y completa, y los jueces deben interpretar la ley penal ‘en clave punitiva’, para que los culpables no «escapen» a la punición¹¹⁴ y, por ende, la amenaza penal *adquiera «credibilidad»*¹¹⁵; se trata, en fin, de obligaciones de naturaleza *preventivo-precaucional* que se imponen a los agentes estatales.

Naturalmente, no sería siquiera pensable un *deber* multi-nivel de «proteger-previniendo» los derechos fundamentales mediante el aparato penal, si a ello correspondiese un *derecho* a la «protección mediante la prevención» en cabeza de quien esté potencialmente expuesto a un comportamiento criminal: un auténtico, autónomo y autónomamente justiciable derecho a la seguridad (*Recht auf Sicherheit, droit à la sécurité, right to protection from potential victimisation*), del que gozan, en últimas, todas las víctimas potenciales de un delito y no sólo aquellas particularmente vulnerables¹¹⁶.

113 Sobre esto, cfr. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., pp. 90 y ss., 255 y ss., 276, 282 y s., 312 y ss. También enfatizan los vínculos teleológicos entre la interpretación extensiva y la tutela de las víctimas tutela delle vittime PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal européen*, 2 ed, Paris, 2002, pp. 335 y ss., especialmente pp. 339 y ss.

114 Así, textualmente *Kelly e altri c. Regno Unito*, 4/5/2001, en *Recueil*, 2001-III, § 96.

115 Cfr. por ejemplo, *Osman c. Regno Unito*, cit., § 115; *Mahmut Kaya c. Turchia*, cit., § 85.

116 Subraya cómo al *deber* positivo de proteger mediante la criminalización, del que la Corte carga a los Estados, corresponda un auténtico *derecho* de la ‘comunidad de víctimas’ a esa protección (*Recht auf Schutz durch Strafverfolgung*), el cual, siendo autónomamente justiciable («gerichtlich einklagbares Recht»), se podría enmarcar entre los derechos públicos subjetivos (*subjektives öffentliches Recht*), ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987, especialmente pp. 13 y ss., 25 y s., 144 y ss. Habla de un auténtico «droit à la sécurité pour l'intégrité physique et psychique de la personne, qui fonde le droit européen des victimes» [derecho a la seguridad para la integridad física y psíquica de la persona, que funda el derecho europeo de las víctimas], también se pronuncia LANTHIEZ, “La clarification des fondements européens des droits des victimes”, en GIUDICELLI-DELAGE, LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, 2008, pp. 145 y ss., especialmente p. 154. De acuerdo en esto DOAK, *Victims' Rights*, cit., pp. 38 y ss., 50 y s., quien indica entre las *obligaciones preventivas y positivas* de las que la Corte grava a los Estados el aspecto del *right to protection* invocado por las víctimas potenciales del delito (toda la sociedad).

Exactamente como sucede en los escenarios que una parte de la doctrina constitucionalista teoriza desde hace más de veinte años¹¹⁷, los jueces europeos parten del concepto de *Bürger als potentielle Opfer* para construir un derecho fundamental a la seguridad que es capaz de alterar los fines y paradigmas del Derecho penal clásico, el cual, de instrumento amenazante para la libertad de los ciudadanos, pasa a ser un insustituible aliado (*Verbündete*) en la lucha contra el «riesgo criminal», entendido como factor que atenta contra esas mismas libertades¹¹⁸. En otras palabras, se trata de una justicia penal marcadamente *opferorientiert* y, por ende, también claramente *sicherheitsorientiert*, es decir, un sistema punitivo que, para implementar y hacer efectivo el *derecho* a la seguridad-protección que reconoce en cabeza de la «comunidad de las potenciales víctimas», se disipa en una serie de actividades de *obligada* neutralización de los riesgos del delito, de *obligada* «tranquilización del miedo»¹¹⁹ y de *obligada* tranquilización del temor a los crímenes (*Verbrechensfurcht*)¹²⁰, a esto se hacen funcionales las estrategias político-criminales¹²¹, las actividades investigativas y la interpretación

117 Me refiero a ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin-New York, 1983, pp. 21 y ss.; y más recientemente, *Id.*, “Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug”, en *FS G. Jakobs*, 2007, pp. 205 y ss. En la literatura italiana, cfr. GEMMA, “Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire”, en *Diritto e società*, 1986, pp. 459 y ss. Sin embargo, sobre esto véase también a DIETZE, *Two concepts of the Rule of Law*, Indianapolis, 1973, pp. 53 y ss. Esta muy autorizada corriente de pensamiento, entiende que el poder coercitivo-penal es un instrumento de tutela-realización de los derechos y de las libertades fundamentales de las víctimas potenciales, pensando en la criminalidad, y por ende en el reo, como en un factor que atenta contra la democracia: como un «enemigo del constitucionalismo». Desde esa perspectiva, dominada por la idea de que la autoridad es funcional a la democracia, y que la seguridad de los ciudadanos es un «status positivus libertatis», es completamente consecuencial que la justicia penal atribuya a las víctimas, que viven en la legalidad y son «amigas del constitucionalismo», el rol de actores privilegiados respecto a quienes delinquen, reconociéndoles un *verdadero derecho constitucional a la prevención de los ilícitos*.

118 Así exactamente, reconstruyendo la tesis de Isensee en cuanto a la relación de derivación entre el derecho a la seguridad y el concepto de víctima potencial, HASSEMER, REEMTSMA, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002, especialmente pp. 29 y ss., 60 y ss.

119 Esta es una expresión de DONINI, “Sicurezza e diritto penale”, en *Cass. pen.*, 2008, pp. 3558 y ss.

120 Expresión que tomo de nuevo de HASSEMER, REEMTSMA, *Verbrechensopfer*, cit., p. 110. La Corte Europea, por ende, parece pedir a los Estados que garanticen también la «seguridad interior» (*subjektive Sicherheitsgefühl*): sobre este concepto, también y especialmente en relación a la *Kriminalitätsfurcht*, y sobre su posible tutela jurídico-penal (*subjektive Sicherheitsgefühl als schützenswertes Rechtsgut*), v. el reciente trabajo de MEYER, “Die Beeinträchtigung des subjektiven Sicherheitsgefühl als polizeiliche Gefahr?”, en ARNDT et al (coord.), *Freiheit-Sicherheit-Öffentlichkeit*, Baden-Baden, 2009, pp. 111 y ss.

121 Sobre el trinomio conceptual *Bürger-potentielle Opfer, Grundrecht auf Sicherheit* y (los consiguientes) *staatlichen Schutzpflichten*, así como sobre la incidencia de ese trinomio en las estrategias político-criminales, cfr. BURGI, “Vom Grundrecht auf Sicherheit zum Grundrecht auf Opferschutz”, en *FS Isensee*, 2007, pp. 655 y ss.

del marco normativo positivizado¹²². Así, junto al deber de los Estados de prevenir y reprimir todos los posibles ataques al derecho a la vida¹²³, indiscutible «Roi des droits» (rey de los derechos)¹²⁴, o las violaciones a la prohibición de tortura que trae el art. 3 CEDH, se desprende un *autónomo* «right to secure against risk and danger» que afectan la vida y la integridad psico-física, de los que son titulares todas las víctimas potenciales, sean más (menores, mujeres) o menos (codetenidos) vulnerables¹²⁵. Adicionalmente, junto al deber del aparato estatal de intervenir positivamente para 'tutelar previniendo' una libertad «menos fundamental» de la que trae el art. 2 CEDH (por ejemplo, el derecho al respeto de la vida familiar y privada; la libertad de conciencia y de religión; la libertad de asociación), la Corte identifica un derecho perfecto de cada ciudadano a la disuasión de *who we considere potentially dangerous* (quien consideremos potencialmente peligroso) y a la neutralización de todos los posibles riesgos que afecten esas libertades fundamentales¹²⁶. En definitiva, Europa resuelve la antigua *querrela* entre penalistas «individual-garantistas» y constitucionalistas «colectivo-garantistas» a favor de estos últimos¹²⁷, obligando a todo el aparato estatal a superar lógicas opuestas a la subsidiariedad-*extrema ratio* y al *favor libertatis*.

III) Ha manipulado el «clásico» estatuto funcional de la pena, reconociendo a las víctimas una posición de indudable centralidad incluso allí donde de sujetos 'virtuales' se vuelvan personas de carne y hueso (*tatsächlichen Verbrechensopfer*): como las víctimas potenciales ostentan un *right to secure and protection from all offences* (derecho a la seguridad y la protección de cualquier ofensa), así, según la Corte, las

122 La obligación de interpretación «orientada» a la normativa CEDH que grava al juez nacional, le prohibiría reducir o atenuar la defensa de los derechos fundamentales. Así, textualmente, LOGEMANN, *Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaft*, Baden-Baden, 2004, pp. 118 y ss., 120.

123 Que ocupa una posición de absoluta primacía en el sistema CEDH, siendo un derecho fundamental «sans lequel la jouissance des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire» [sin el que el disfrute de los demás derechos y libertades garantizados por la Convención sería ilusorio]: cfr. Por ejemplo Corte Europea, *Pretty c. Regno Unito*, 29/4/2002, en *RTDH*, 2003, pp. 71 y ss., con nota de Schutter.

124 Así SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 4 ed, Paris, 2007, p. 104.

125 Clarificadores al respecto son WOLHUTER, OLLEY, DENHAM, *Victimology*, cit., pp. 125 y ss.

126 Cfr. sobre esto DOAK, *Victims' rights*, cit., pp. 37 y ss., quien confirma que, en el entendimiento de la Corte Europea, «the government acquires the role of benevolent protector of its citizenry ... This expectation of a sense of security is regarded as fundamental in a democratic society».

127 Sobre la diferencia entre la ciencia penal y la ciencia constitucional a propósito del derecho a la seguridad-prevención mediante el Derecho penal, v. nuevamente la instructiva reconstrucción de BURGI, *Vom Grundrecht auf Sicherheit*, cit., especialmente pp. 663 y ss.

víctimas efectivas poseen un derecho-interés a la punición del reo¹²⁸. De aquí viene la engombrante presencia de la denominada tercera parte *también* en la fase de irrogación-comensuración de la pena¹²⁹, donde ésta termina por ‘centrar la atención’ y, por ende, dejar en las sombras al reo¹³⁰. Las directrices funcionales que la pena «orientada a Europa» está llamada a resolver, se extinguen en efecto en una función general-preventiva (que mira a las víctimas virtuales, orientando y disuadiendo los reos potenciales), a la que se agrega una *inédita* función reparatoria¹³¹ y compensatorio-satisfactiva (que en cambio mira a las víctimas concretas, a su satisfacción moral, a su «necesidad de punición» como respuesta al sufrimiento padecido por la «denegación de justicia»)¹³².

Esta segunda directriz funcional, viéndolo bien, es muy similar a la propuesta de las corrientes neoretribucionistas; y exactamente como sucede en la óptica neoretribucionista, también la «pena europea» *se desinteresa abiertamente del reo*: en los muy raros casos en los que los jueces de Estrasburgo asignan a la sanción penal (también) una función de prevención especial positiva, de hecho ésta asume una relevancia claramente secundaria y recesiva respecto a las instancias satisfactorias y de defensa social¹³³. La «pena europea», entonces, *mira sólo a las víctimas*, sin considerar al aspirante a criminal más allá de su visión como sujeto a intimidar y, siempre que decida pasar a la acción, a castigar ejemplarmente e inhabilitarlo. Ciertamente, no lo ve como alguien a re-incluir, recuperar y reintegrar.

IV) Ha, sobre todo, re-conducido el *Kernbereich* del Derecho penal clásico, haciendo una relectura en clave victimocéntrica incluso lo que queda *y debería quedar* del Derecho penal entendido como «Magna Charta del reo»: el principio de legalidad y sus propagaciones¹³⁴. Este aspecto es complejo y crucial y, por ello, merece una

128 Sobre este tema, cfr. REEMSTMA, *Das Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters – als Problem*, München, 1999.

129 De la cual, en cambio, tendrían que desaparecer: así, textualmente, HÖRNLE, “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht”, en *JZ*, 2006, pp. 950 y ss.

130 En este sentido, también BURGI, *Vom Grundrecht auf Sicherheit*, cit., p. 664.

131 Según la Corte, la sanción penal puede cumplir una *función reparatoria* junto a aquella punitiva: Corte Europea, *Welsch c. Regno Unito*, 9/2/1995, Serie A, n. 307, par. 30.

132 Cfr. BESTAGNO, *Diritti umani*, cit., pp. 201 y ss., especialmente pp. 209 y ss., con amplias referencias.

133 Sobre este aspecto, v de nuevo a BESTAGNO, *Diritti umani*, cit., pp. 202 y ss., 213 y ss.

134 No es casual que la más autorizada doctrina alemana siga presentando al principio de legalidad y sus vertientes como la “Magna Charta des Verbrechers”: v. por ejemplo ESER, HECKER, sub § 1, en SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 ed, München, 2010, pp. 26 y s. En definitiva, aunque el Derecho penal «entendido globalmente», actualmente, no pueda ser considerado la “Magna Charta” del reo (*nicht mehr in dem Sinne als Magna Charta des Verbrechers*), la legalidad penal y, en particular, la prohibición de retroactividad siguen conservando de manera inmutable su esencia de *Schutznormen für den Täter*: cfr. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht*, AT, 5 ed, Berlin, 1996, pp. 138, 140.

pequeña profundización. El ordenamiento CEDH, teniendo que dialogar también con los sistemas de *common law*, ha tenido que «depurar» las nociones de legalidad y leyes penales de toda dimensión formal, acogiendo una acepción de ellas *exquisitamente material*¹³⁵: en el Derecho europeo de los derechos humanos, de hecho, no existe un principio de reserva de ley estatal en materia penal, por lo que los preceptos y las sanciones punitivas pueden perfectamente ser producidas por fuentes sub-primarias, por fuentes supranacionales e incluso por fuentes no escritas, como la jurisprudencia (también la nacional) y la costumbre (incluso la internacional)¹³⁶. En este contexto, también el «derecho viviente» puede crear *autónomamente* incriminaciones, es decir, es una *auténtica fuente* del Derecho penal¹³⁷. Ahora bien, está claro que una noción así de la legalidad penal, si quiere seguir tutelando la «seguridad jurídica» de los ciudadanos potenciales reos *contra* el poder punitivo estatal¹³⁸, estará obligada a enfatizar los aspectos sustanciales del Derecho (escrito y no escrito)¹³⁹, pretendiendo con esto satisfacer una serie de requisitos de contenido cualitativos. De allí la exigencia de que los preceptos y las sanciones penales se hagan *accesibles* y *previsibles*, tanto mediante la contribución del legislador, como a través del aporte del juez, participando ambos, conjunta y separadamente, en la «fabricación» del Derecho penal. Brevemente, se puede decir que la «cuota» de seguridad-cognoscibilidad que irremediabilmente se pierde al abrir a fuentes adicionales a la ley en sentido formal¹⁴⁰, es *contrarrestada* por

135 Una parte de la doctrina, críticamente, afirma que el sistema convencional acoge una noción «banalizada» de la legalidad penal: SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8 ed, Paris, 2006, p. 422.

136 Al respecto CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, pp. 89 y ss.

137 Y si la jurisprudencia, en el sistema convencional, está legitimada para producir de manera *autónoma* incriminaciones, es obvio que, cuando haya disposiciones escritas, su respectiva interpretación configure un «ladrillo» esencial en la labor de «construcción» de la ley penal; es decir, un factor que decide sobre la vigencia de una incriminación y que es indispensable para trazar adecuadamente su fisonomía y sus límites. En otras palabras, según los jueces de Estrasburgo, la ley penal se identifica con el Derecho penal, esto es, con un *quid* compuesto por las disposiciones potivizadas + su interpretación: al respecto cfr. ROLLAND, sub *art. 7*, en PETTITI, DECAUX, IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, pp. 293 y ss., 294. Por otro lado, como veremos dentro de poco, la Corte confía explícitamente a los jueces la tarea de *integrar* y «completar» la ley escrita que sufra de *vagueness*.

138 *Gragnic c. Francia*, 12/4/1995, § 61, en www.echr.coe.int.

139 Cfr. DELMAS MARTY, «Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes», en ID. (coord.), *Raisonner la raison d'Etat*, Paris, 1989, pp. 471 y ss.

140 Así, en un modo que se puede compartir, ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, especialmente pp. 322 y ss.

una «obligación general de previsibilidad» de la condena¹⁴¹ que implica tanto al Derecho escrito (legislador-fuente), como al «Derecho viviente» (juez-fuente). Esta obligación general, en particular, se puede apreciar tanto en una perspectiva *sincrónica*, como en una *diacrónica*. Comencemos por este último punto.

iv.1) Desde un punto de vista diacrónico, el vínculo general de previsibilidad se articula en una doble prohibición: el legislador no puede emanar leyes penales retroactivas, o sea no puede punir (o castigar más) los hechos que, al *tempus delicti*, no eran castigados (o lo eran en menor grado)¹⁴²; al juez, *in via di principio*, le está prohibido apartarse de la interpretación estable y consolidada que recibía la disposición al momento de la comisión del hecho, cuando lo contrario se dé en contra del reo¹⁴³. Por eso, al contrario de lo que sucede en los sistemas penales continentales, en cuyo ámbito este precepto no es obligatorio para la actividad interpretativa¹⁴⁴, en el sistema contravencional esta prohibición «abarca» *también* la interpretación judicial¹⁴⁵. Así, la normativa CEDH parece *ampliar* el radio de la custodia cautelar (*Vertrauensschutz*) y, por ende, también *amplifica* la protección de la libertad de autodeterminación, prohibiendo tanto la retroactividad «evidente» (en manos del legislador), como la oculta¹⁴⁶ (en manos del juez). De hecho, muchos y muy distinguidos autores ven la «irretroactividad

141 ROLLAND, sub art. 7, cit., p. 295.

142 *Puhk c. Estonia*, 10/2/2004, en *www.echr.coe.int*. El principio de irretroactividad ex art. 7 CEDH se refiere tanto a los preceptos (inciso 1, primera parte) como a las sanciones penales (inciso 1, segunda parte): cfr. GOMIEN, HARRIS, ZWAAK, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, 1996, pp. 203 y ss.

143 Cfr. *Ekelmann c. Svizzera*, 4/3/1985, en *DR* 41, pp. 181 y s.; *X c. Austria*, 12/3/1981, en *DR* 22, pp. 140 y ss. En la doctrina, v. PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal*, cit., pp. 340 y s. Obviamente, debe tratarse de una interpretación compacta y consolidada («constant and established case law»).

144 El cual, sin perjuicio de la prohibición de analogía, queda *totalmente libre* de apartarse de la interpretación constante y consolidada que recibía la «disciplina punitiva» vigente al *tempus delicti*, cuando también el *révirement* produzca efectos de criminalización (o mayor criminalización).

145 Sobre el supuesto en que las exigencias de seguridad de los particulares, que la legalidad convencional pretende tutelar, pueda darse por satisfecha sólo si y cuando una punición fuese razonablemente previsible a la luz del marco normativo positivizado y, *además*, a la luz de los datos ofrecidos por la experiencia judicial: así lo expresaba ya el comentario a *Crociani+altri c. Italia*, 18/12/1980, en *DR* 22, p. 173. Por otro lado, la circunstancia de que la «versión europea» de la irretroactividad penal «conlleve» también la interpretación judicial, no representa nada más que la portada diacrónica de la acepción material de la legalidad acogida en el sistema convencional: si el juez no se limita a interpretar y aplicar las incriminaciones, sino que es una verdadera fuente de éstas («in tandem» con el legislador, o en de manera perfectamente autónoma), entonces es evidente que también el corolario intertemporal de la legalidad penal lo obligue en «un sentido fuerte».

146 Esta es una etiqueta afortunada, con la que la ciencia penal identifica los casos en los que la criminalización (o una mayor criminalización) retrospectiva le sigue a un *reversal* interpretativo: v. CADOPPI, «Il principio di irretroattività», en AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, 3 ed, I, Bologna, 2006, pp. 174 y ss., 206 y s.

convencional» como un *modelo ideal típico* que se debe importar¹⁴⁷. Sin embargo, si estos estudiosos consideraran también la manera en que aquel modelo es interpretado en concreto, estoy seguro de que cambiarían de opinión. A parte de la relevancia que tiene en el sistema supranacional, a diferencia de lo que sucede en el doméstico-continental¹⁴⁸, este precepto intertemporal es considerado derogable *desde* su dimensión «on the books»¹⁴⁹, pero el parámetro que la Corte ha construido para probar

147 V. por ejemplo, entre otros, DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 166; BERNARDI, "Nessuna pena senza legge (art. 7)", en BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (coords.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 249 y ss., especialmente pp. 252 y ss.; RIONDATO, "Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, fra legalità e ragionevolezza", en AA.VV., *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000, pp. 239 y ss.

148 La prohibición de retroactividad, en los sistemas penales continentales, siempre ha sido (y lo sigue siendo) considerado como una regla incondicional, absoluta e inderogable: cfr. BRICOLA., "Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° co, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70", en *QG*, 1980, pp. 179 y ss.; PAGLIARO, *Principi di Diritto penale*, PG, 8 ed, Milano, 2003, pp. 115 y ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, PG, 3 ed, 2008, pp. 156 y ss.; KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin-New York, 1983, especialmente pp. 103 y ss.; SATZGER, "sub § 2, Abs. 2", en SATZGER, SCHMITT, WIDMAIER, *StGB Kommentar*, Köln, 2009, p. 26; DANNECKER, "sub § 1", en LAUFHÜTTE, RISSING - VAN SAAN, TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar StGB*, 12 ed, I, 2007, p. 228; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 6 ed, Valencia, 2004, pp. 140 y s.; PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2006, pp. 128 y ss. Sobre el estatuto de validez de la irretroactividad penal en los sistemas continentales, cfr. también a ALEXY, *Der Beschluss des Bundesverfassungsgericht zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, 1997, p. 19. La incondicionalidad absolutizante de esta prohibición, por lo demás, ha sido recientemente confirmada por la Corte Constitucional italiana: cfr. "sentencia n. 394/2006", en *Cass. pen.*, 2007, pp. 467 y ss., en donde se afirma que «el principio ... se entiende ... como valor absoluto e inderogable, que no es susceptible de ponderación con otros valores constitucionales».

149 A diferencia de lo que establece el art. 15 CEDH, la Corte Europea sostiene (v. por ejemplo "*CR c. Regno Unito*, 22/11/1995", en *RIDU*, 1996, pp. 184 y ss., § 32) y así mismo lo afirman muchos estudiosos (JACOBS, WHITE, *The European Convention on human rights*, 2 ed, Oxford, 1996, p. 162; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993, p. 152), basta pasar del 1º al 2º inciso del art. 7 de la Convención para constatar que la prohibición de retroactividad es un precepto *derogable*, siempre que se entienda perseguir y punir hechos que, aun siendo perfectamente lícitos, en el momento de su comisión, tanto según el Derecho doméstico como según el Derecho internacional, se podían considerar como «criminales» de acuerdo a los «principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civiles» (esta es la denominada cláusula de Núremberg). En este sentido, también VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN, ZWAAK (coord.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4 ed, Oxford, 2006, pp. 651 y ss., p. 662, para quien, según la prohibición de retroactividad en el sistema convencional, «is not an absolute one, neither in the situations referred to in art. 15 nor in other cases». Que la denominada cláusula de Núremberg cristalice una *excepción* a la regla *ex art. 7*, inciso 1, CEDH, me parece indudable, al menos desde el punto de vista lexical: cfr. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zürich, 1993, p. 309; PETERS, *Einführung in die Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Baden-Baden, 2003, pp. 148 y ss.; MEYER-LADEWIG, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Baden-Baden, 2003, pp. 133 y s. *Sólo forzando el dato textual*, se podría sostener que la cláusula *ex art. 7*, inciso 2, CEDH es «superflua» (así SATZGER, *Internationales und Europäische Strafrecht*, 3 ed, Baden-Baden, 2009, p. 211) y «redundante» (CAMERON, *An introduction*, cit., p. 103), esto es, que se limita a «confirmar la regla» cristalizada en el 1º inciso. De hecho, este asunto sería sostenible sólo allí

su eventual violación «por vía interpretativa» ha suscitado varias dudas. La Corte, en verdad, nunca ha afirmado que cuando el juez se aparta de la recia, constante y más favorable interpretación que se presentaba en el momento de los hechos, va más allá de la mera clarificación-adaptación de la ley penal que, en cuanto tal, es razonablemente previsible¹⁵⁰. Al contrario, la Corte muchas veces ha avalado auténticos *révirements* (virajes) interpretativos, al considerarlos conformes al principio de irretroactividad por ser «racionalmente previsibles». Ahora bien, una cosa es afirmar *tout court* que el precepto prohíbe al juez optar por una interpretación diferente y desfavorable respecto de aquella «vigente» al momento de la comisión del hecho, uniendo a este 'alejamiento' una presunción absoluta de imprevisibilidad. En cambio, es muy diferente afirmar que el precepto se viola sólo cuando ese viraje no fuese racionalmente previsible. En este segundo caso, es evidente que la esfera *real* de operatividad de esta garantía intertemporal dependerá totalmente de la «base ontológica» del juicio de razonable previsibilidad; es decir, de *cuántos* (número) y *cuáles* (naturaleza) sean los elementos a la luz de los cuales valorar si la solución hermenéutica fuese o no previsible: *mientras más se alarga* el abanico de los parámetros a tener en cuenta, es obvio que *más se restringen* las posibilidades de censurar este resultado hermenéutico. Si se observa bien, este es precisamente el punto: los jueces de Estrasburgo suelen incluir en la «base ontológica» del juicio de previsibilidad, junto a «variables» jurídico-normativas¹⁵¹, elementos muy vagos e inaferrables de carácter socio-político y cultural (iniciativas

donde por «crímenes según los principios generales reconocidos por las naciones civiles» se entendiera sólo a los «crímenes de Derecho internacional» (genocidio, agresión y crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad), los cuales, precisamente, pueden ser castigados retroactivamente *en virtud del primer inciso del art. 7* («nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, al momento en que ha sido cometida, no constituía delito según el Derecho interno o según el Derecho internacional»); cfr. A. CASSESE, "Balancing the prosecution of crimes against humanity and non-retroactivity of criminal law", en *JICJ*, 2006, pp. 410 y ss., especialmente pp. 416 y ss.). Sin embargo, es innegable que el léxico de la denominada cláusula de Núremberg se presta para abarcar ofensas mucho más «normales» que las *gross violations*, legitimando la punición retroactiva mucho más allá de los macro-crímenes del Derecho internacional: así, la compartida postura de WERLE, "Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität", en *NJW*, 2001, pp. 3001 y ss., 3006.

150 Así, casi textualmente JACOBS, WHITE, *The European Convention on human rights*, 4 ed, Oxford, 2006, p. 215. Los jueces de Estrasburgo, en efecto, han afirmado de manera repetida que el intérprete tiene la tarea de adaptar el alcance de los enunciados textuales a la cambiante realidad social, siempre que este «ajuste evolutivo» refleje la concepción original (*conception originelle, original concept*); es decir, la esencia (*substance, essence*) del delito: así, entre otros, la Corte Europea, *C.R. c. Regno Unito*, cit., § 39.

151 Presencia-ausencia de las orientaciones jurisprudenciales o de las prácticas administrativas: precisión-vaguedad de los signos lingüísticos, también con relación al círculo de destinatarios a los que se dirige la ley; accesibilidad-publicación de los actos normativos de fuente primaria o subprimaria y de las recopilaciones de jurisprudencia, etc. Al respecto, v. la analítica reconstrucción de ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., especialmente pp. 325 y ss., 354 y ss., 374 y ss.

y debates parlamentarios, progreso cultural, evolución de la consciencia social)¹⁵², llegando incluso a afirmar que un *reversal contra reum* es racionalmente previsible si es coherente con la «civilización moderna»¹⁵³ y, por ello, con la justicia penal «del presente»¹⁵⁴. Se puede entender que, con parámetros de este tipo, casi todo puede llegar a ser previsible, sin que se vaya visiblemente en contra de las garantías de la legalidad penal. Esto explica por qué la Corte nunca ha invocado la excepción del art. 7, inciso 2, CEDH, más allá de los crímenes vinculados a la Segunda Guerra Mundial, pues gracias a la construcción del concepto de razonable previsibilidad, que puede apoyar prácticamente *cualquier* solución, *no ha tenido necesidad de usar esa norma*¹⁵⁵.

Los cuatro *leading cases* de (macroscópica) retroactividad oculta son muy famosos en la doctrina europea, e incluso no sólo en aquella especializada. Dos tienen que ver con *crímenes ordinarios* acaecidos en un contexto 'normal', mientras que los otros dos se refieren a ilícitos «de sistema» juzgados en el contexto 'anormal' de la transición alemana (*retro*, numeral 2). En los dos primeros casos¹⁵⁶, la Corte declaró la razonable previsibilidad de un auténtico *viraje* interpretativo, en cuanto avaló la condena por *attempt of rape* (tentativa de violación) a la que las Cortes inglesas llegaron negando *por primera vez* la aplicación de la denominada *marital immunity*, una causa de no punibilidad que sin duda estaba vigente en el momento de los hechos¹⁵⁷. En los segundos, la Corte ratificó la punición infligida a tres altos

152 Así, emblemáticamente, *CR c. Regno Unito*, cit., especialmente §§ 35 y ss.

153 Cfr. nuevamente *CR c. Regno Unito*, cit., § 42.

154 En este sentido SCHERMERS, "General Course on the European Convention on Human Rights", en *Aa.Vv., Collected courses of the Academy of European Law*, VII, 2, *The protection of human rights in Europe*, The Hague-Boston-London, 1996, pp. 1 y ss., 38, quien subraya cómo la Corte Europea tiende a re-interpretar las disposiciones incriminatorias «in the context of our present time».

155 Actualmente *no existe un solo caso* en el que la Corte Europea haya afirmado la violación de la prohibición de retroactividad, tanto menos «por vía jurisprudencial». De hecho, en los raros casos en los que el epílogo punitivo ha sido considerado no razonablemente previsible, la Corte ha hecho referencia a los otros sub-principios de la legalidad penal: por ejemplo, para hacer referencia a las más recientes sentencias, al principio de taxatividad-determinación en el caso *Liivik c. Estonia*, 25/6/2009, en *www.echr.coe.int*; o a la prohibición de analogía en el caso *Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania*, 24/5/2007, *ivi*.

156 *S.W. c. Regno Unito*, 22/11/1995, en *www.echr.coe.int*; *CR c. Regno Unito*, cit.

157 La causa de no punibilidad se fundaba en un muy antiguo principio del *common law*, según el cual «a husband could not be found guilty of rape». Que se haya tratado de un auténtico *overruling*; es decir, de la abolición *a posteriori* de una disposición de licitud vigente en el momento del hecho, con la consiguiente criminalización retroactiva, es totalmente aceptado incluso en la doctrina inglesa: JEFFERSON, *Criminal law*, 6 ed, Harlow, 2003, p. 4; CARD, CROSS, JONES, *Criminal law*, 16 ed, London-Edinburgh, 2004, p. 18. Tanto es que, al defender la legitimidad convencional de esta operación, tanto los jueces como los estudiosos ingleses han tenido precaución de no aludir al art. 7, inciso 1 (no violación de la prohibición de retroactividad), haciendo en cambio referencia a la cláusula *ex art. 7*, inciso 2 (derogación legítima de la prohibición de retroactividad): cfr. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford-Portland, 2008, pp. 129 y ss., 135.

funcionarios y a un guardia de frontera de la ex República Democrática Alemana¹⁵⁸, considerando convencionalmente legítima y, en particular, no contradictoria con la prohibición de retroactividad, la re-interpretación «amiga de los derechos humanos» de las normas de los arts. 213 *DDR StGB*, 27 *Gg* por parte de las Cortes alemanas. Nótese que en ninguno de los cuatro pronunciamientos la Corte Europea invocó la *cláusula de excepción* (art. 7, inciso 2, CEDH), considerando que la *(re)interpretación abrogatoria* de la disposición de licitud en la primera hipótesis, y la reinterpretación *menschenrechtsfreundlich* en la segunda, fuesen «razonablemente previsibles» (y, por ende, *conformes a la regla* del art. 7, inciso 1, CEDH).

Pero ¿cuándo un cambio interpretativo es coherente con la justicia penal «de los tiempos modernos» y por eso «razonablemente previsible»? ¿Qué se entiende, pues, por «civilización moderna»?

El «Derecho penal de la modernidad», a juicio de la Corte, es aquel que considera «criminal» y que castiga *todo lo que viola el Derecho europeo de los derechos humanos*: basta una naturaleza bárbara y despreciable de la conducta (*heinousness*), su postura evidentemente en conflicto con los derechos fundamentales, para hacerla intolerable. En definitiva, en la visión de la Corte Europea parece que para considerar un hecho como «criminal» y castigarlo retroactivamente (para activar la *excepción* que trae el art. 7, inciso 2, CEDH)¹⁵⁹, o para considerar su condena como algo razonablemente previsible (o para juzgar la punición como *conforme a la regla* del art. 7, inciso 1, CEDH) no haga falta ni siquiera que haya una víctima del delito: *basta una víctima del «delito no convencional»*; es decir, la víctima de una conducta que, *aunque no constituya delito* ni según la ley penal nacional ni según aquella internacional, viole en todo caso el Derecho europeo de los derechos humanos¹⁶⁰.

Entonces, según la Corte Europea, se debe sancionar penalmente todo lo que viole los derechos convencionales, siendo *totalmente superfluo* verificar si la conducta, al momento en que fue realizada, estaba o no «prevista por la ley como delito». Para avalar la condena del estupro marital, por ejemplo, a la Corte le bastó verificar que la conducta (que en el momento de los hechos, se repite, era *penalmente lícita*) fuese contraria a los fines de la Convención europea, *sin que fuera necesario*

158 GC, *Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. c. Alemania*, 22/3/2001, en www.echr.coe.int

159 En el sistema convencional, en definitiva, parece lógico y completamente natural «actualizar» e implementar los principios generales del Derecho ex art. 7, inciso 2, CEDH con los *fundamental principles in the field of human rights*: cfr. VAN DIJK, VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3 ed, The Hague-London-Boston, 1998, pp. 366 y s., con la consiguiente posibilidad de invocar la cláusula de Núremberg para punir retrospectivamente la violación de los derechos fundamentales garantizados por la Convención.

160 Sobre la noción de víctimas de delitos no convencionales, v. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de la víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006, pp. 20 y ss.

verificar si los hechos imputados estuviesen o no cubiertos por una causa de no punibilidad: «[...] the abandonment of the unacceptable idea of an husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with *civilised concept* of marriage but also, *and above all*, with the *fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom*»¹⁶¹; por estas razones la Corte «*does not find necessary* to enquire whether the facts in the applicant's case were covered» por la *marital immunity*¹⁶². Es evidente que, si este asunto vale para crímenes «ordinarios» cometidos en contextos «normales», con mayor razón valdrá para crímenes «sistémicos» vinculados al contexto «extraordinario» de una transición. De hecho, en el caso del *Mauerschütz*, la Corte Europea avaló la punición infligida por las Cortes alemanas, afirmando de manera radical que «la práctica estatal de la DDR, relativa a la vigilancia de la frontera, *que viola de manera flagrante los derechos fundamentales y sobre todo el derecho a la vida*, no puede ser protegida mediante la utilización del art. 7, inciso 1, CEDH. Esta política [...] *no puede ser considerada 'derecho'*» por parte del sistema convencional¹⁶³; lo que, como lo siguen afirmando los jueces de Estrasburgo, «dispensa a la Corte de verificar si la condena se legitima con base en el art. 7, inciso 2 CEDH»¹⁶⁴.

iv.2) Desde un punto de vista estático, al contrario, esa vinculación se articula, por un lado, en la obligación-corolario de claridad y precisión (que grava al legislador: *infra*, punto iv.3), y por el otro, en la obligación de la estricta interpretación (que se impone al juez)¹⁶⁵. Si prefiero hablar de una obligación de estricta interpretación (o, en el léxico de la Corte, de una «prohibición de interpretación extensiva en contra del acusado») ¹⁶⁶, antes que de la prohibición de analogía, es por una razón precisa: los jueces de Estrasburgo consideran al procedimiento analógico como una mera *species* de la interpretación extensiva¹⁶⁷. Según la Corte no es decisivo establecer si el juez se limitó a interpretar extensivamente o, en cambio, haya terminado por proceder analógicamente; lo que importa es, en cambio, verificar si esa extensión o *esa auténtica creación* es o no razonablemente previsible¹⁶⁸. También la obligación de estricta interpretación-prohibición de analogía, así como la garantía de la irretroactividad, se reconstruyen en clave *subjetiva* (en consideración de las expectativas del ciudadano destinatario de los preceptos

161 *CR c. Regno Unito*, cit., § 42 [cursivas agregadas].

162 *CR c. Regno Unito*, cit., § 43 [cursivas agregadas].

163 GC, *Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. c. Germania*, cit., § 7 [cursivas agregadas].

164 GC, *Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. c. Germania*, cit., § 16.

165 Al respecto remito, también para las referencias jurisprudenciales, a PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal européen*, cit., pp. 338 y ss.

166 V. de nuevo, entre otros, *CR c. Regno Unito*, cit., § 33.

167 En este sentido también ESPOSITO, *Il diritto*, cit., pp. 327 y ss.

168 Cfr. ROLLAND, "sub art. 7", en PETTITI, DECAUX, IMBERT, *La Convention européenne*, cit., p. 299.

penales), antes que en clave *objetiva* (apreciando de manera «impersonal» el concepto de analogía, y distinguiéndolo del de la interpretación extensiva¹⁶⁹. Por eso, más que de obligación de estricta interpretación, es preferible hablar de obligación de interpretación (*también* la analógica, pero) razonablemente previsible. Ahora bien, que la Corte minimice la (inestable) distinción entre la analogía y la extensión interpretativa *parece* ampliar la tutela del ciudadano-potencial reo, en cuanto subsistirá un *breach of Convention* también cuando el juez, aunque no sobrepase el alcance semántico de los signos lingüísticos (interpretación extensiva, conforme a la legalidad penal «continental»), llegue a un resultado hermenéutico «no-razonablemente-previsible». Sin embargo, *el problema es que también lo contrario es verdad*. De hecho, por esta vía el razonamiento analógico deja de ser un procedimiento en todo caso vedado, una interpretación ilegítima *tout court*, y se vuelve practicable siempre que la punición de una conducta «no prevista por la ley como delito» sea «razonablemente previsible»; y lo será, como se decía antes, cuando esa conducta entre en conflicto con las finalidades de la Convención; es decir, cuando viole el *principle of human rights protection*. En conclusión: *primero* la Corte afirma que la ley penal no se interpreta extensiva o analógicamente «to an accused's detriment»; pero *luego*, termina avalando extensiones interpretativas o *auténticamente analógicas* de disposiciones incriminatorias, o interpretaciones restrictivas de o *auténticamente abrogatorias* de disposiciones de licitud, siempre que se trate de «tranquilizar», restaurar y compensar a la víctima de una violación de los derechos fundamentales.

iv.3) Finalmente, los jueces de Estrasburgo acogen una versión extremadamente *flojo* también del principio de taxatividad-determinación del tipo penal solicitando, más o menos explícitamente al legislador nacional, que se prefieran las cláusulas generales antes que las descripciones detalladas. En efecto, en la visión de la Corte, la *vaguedad* y la *generalidad* de los enunciados textuales serían indispensables para que las disposiciones incriminatorias, mediante la labor supletivo-integradora del juez¹⁷⁰, se puedan adaptar a las nuevas circunstancias fácticas¹⁷¹.

4.1 (Continúa) La fluidez estructural del sistema convencional

Hay que precisar, para evitar equívocos, que soluciones de este tipo son absolutamente coherentes con la estructura del sistema CEDH, en cuyo ámbito no

169 Así, sustancialmente, también AMBOS, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Barcelona, 2008, pp. 35 y ss., 43 y s.

170 Según el juez europeo, siempre que, al formular la figura criminal, el legislador haya elegido términos genéricos e impresos, corresponde al intérprete colmar el *déficit* de taxatividad de la disposición, remediando su *vagueness* (*vaguedad*): así, casi textualmente, el comentario a *X Ltd. e Y c. Regno Unito*, en *DR 28*, p. 86. Sobre esto, v. CAMERON, *An introduction to the European Convention on human rights*, 5 ed, Uppsala, 2006, pp. 101 y s.

171 Cfr. por ejemplo, Corte Europea, *Cantoni c. Francia*, 15/11/1996, en *RIDU*, 1997, pp. 110 y ss., § 31; Corte Europea, *E.K. c. Turchia*, 7/2/2002, en www.echr.coe.int, § 52. Sobre esto, BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 2007, pp. 374 y ss.

existen derechos-reglas, sino sólo derechos-principio¹⁷². De hecho, ese sistema gira en torno a la «cláusula de coherencia» del art. 17 CEDH (*abus de droit*), según el cual *ningún derecho* reconocido por la Convención puede ser invocado para legitimar actos o actividades dirigidas a la destrucción de otros derechos convencionales. Esto significa, en primer lugar, que cualquier libertad convencional pierde «automáticamente» su fuerza de resistencia allí donde su reconocimiento implique la transgresión de otros derechos convencionales. En segundo lugar, esto significa también y sobre todo, que *ningún derecho convencional*, ni siquiera la prohibición de tortura, es inderogable y absoluto, sino que siempre será *ponderable* con otros derechos de igual rango y, entonces, también *pueden sucumbir* frente a derechos de rango superior¹⁷³. Por eso, es completamente natural que *en ese sistema* incluso las garantías de la legalidad penal participen de esta fluidez. No obstante, el punto es que la justicia penal que un ordenamiento así está en capacidad de crear es *muy diferente* de la continental.

Y no sólo esto es así, sino que además, a la *fluidez estructural* del sistema supranacional, se suma la *formidable fluidez del método* con el cual la Corte juzga las violaciones de las libertades convencionales.

Efectivamente, el juicio de la Corte es *holístico*, porque las situaciones denunciadas se valoran global e integralmente, sin mirar a los aspectos particulares más que como a las «partes de un todo»; es *multifactorial* porque tiene en cuenta todos los actores (públicos y privados¹⁷⁴) y todos los elementos (normativos¹⁷⁵, pero también fácticos y situacionales) que entran en juego en esas situaciones¹⁷⁶; y es *antiformalístico*,

172 Sobre la distinción normoteórica entre principios (entidad ponderable que, en cuanto tal, tolera realizaciones diferenciadas) y reglas (que en cambio funcionan según inelásticas lógicas deductivas de conformidad-disconformidad), v. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, especialmente pp. 275 y ss.

173 Sobre la inexistencia de derechos convencionales auténticamente absolutos y, por ende, sobre la sustancial impracticabilidad de la distinción entre derechos 'absolutos' ex art. 15 y derechos 'relativos', cfr. el amplio análisis de CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, 2009, especialmente pp. 83 y ss. También según STIEGLITZ, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH*, Baden-Baden, 2002, pp. 96 y ss. el art. 17 CEDH cristaliza una cláusula sistemico-general que limita el ejercicio de *todos* los derechos convencionales (*Grundrechtsschranke*), *condicionando* la validez de cada uno de éstos a la ausencia de un perjuicio para los demás.

174 Del legislador al juez, del reo a las víctimas, pasando por los investigadores y agentes estatales.

175 Leyes, actos con fuerza de ley, reglamentos gubernativos, instrucciones y directivas de fuente sub-primaria, prácticas jurisprudenciales: cfr. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., pp. 354 y ss.

176 Piénsese, por ejemplo, en el juicio de proporcionalidad-necesidad de la injerencia estatal en las libertades convencionales, en el ámbito del cual la Corte tiene en cuenta una pluralidad de elementos de muy diferente naturaleza (entidad y especie del marco legal de la pena, urgentes necesidades sociales de punición; suficiencia y pertinencia de las razones de la intervención, también en relación a sus consecuencias; inevitabilidad de la intervención; entidad del sacrificio impuesto; calidades

en cuanto pretende verificar si las situaciones denunciadas han vulnerado *efectiva y concretamente* los derechos convencionales¹⁷⁷.

Por ejemplo, respecto al proceso penal la Corte valora si *todo* el procedimiento globalmente considerado (sin detenerse en las fases en las que se articula), fue diseñado y «gestionado» por los órganos nacionales (legisladores, jueces, investigadores, policía) teniendo en cuenta a *todos* los sujetos privados involucrados (autor, víctima, afectado) por los órganos nacionales (legislador, jueces, investigadores, policía) y de una manera que respete *en sustancia* (es decir, más allá y prescindiendo de la observación formal de las formas procesales) el «espíritu» del art. 6 CEDH.

Una metodología así lleva a soluciones precarias y claramente imprevisibles. Al ofrecerle al intérprete una serie desmesurada de factores y circunstancias en las que basarse y, sobre todo, permitiéndole reconfigurar y re-calibrar jerarquías y «pesos» según la subyacente situación concreta, se termina justificando *cualquier ampliación* de las premisas teórico-normativas que deberían orientar y «contener» el recorrido interpretativo, incluso cuando la solución final se encuentre en un conflicto frontal con éstas¹⁷⁸.

En concreto, una orientación así permite deformar y plasmar *con total libertad* la fisonomía de un sistema, poniéndolo al servicio de la tutela de los intereses, las posiciones y los sujetos considerados en cada caso «dominantes». Si por ejemplo la misión que se le asigna al Derecho penal es la de tutelar y satisfacer intereses que están en conflicto con los del acusado (precisamente los de la víctima), la interpretación en clave holística y multifactorial permitirá re-discutir *todas* las garantías que rodean la posición de este último, las cuales se harán difusas y tenderán a ceder siempre que

y situaciones de los autores, etc.), que se combinan entre ellas según geometrías y jerarquías que cambian con el variar de las situaciones concretas: cfr., al respecto, el imponente trabajo de MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, 2005, con especial referencia a la doble función normativa de la técnica de proporcionalidad, funcional tanto a la realización efectiva de los derechos humanos, como a la ampliación de las competencias del juez (vol. II, especialmente pp. 319 y ss., 365 y ss.); cfr. también ŠUŠNJAR, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Leiden-Boston, 2010, pp. 85 y ss., 173 y ss.

177 El fin de la Convención, como afirma desde hace años la Corte, es el de tutelar y garantizar los derechos humanos en su dimensión concreta y efectiva (*exigence d'effectivité, principle of effectiveness*): REID, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2 ed, London, 2004, pp. 37 y ss.

178 Sobre la lógica no monotónica, compleja y multi-criterial que gobierna los juicios de la Corte, así como sobre la escasa posibilidad de control sobre el procedimiento decisorio y sobre la consiguiente provisionalidad de sus relativos epílogos, VOGLIOTTI, "La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»", en *Giur. it.*, 1998, IV, pp. 851 y ss. Al respecto, recientemente también LETSAL, *A theory of interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford, 2009, especialmente pp. 120 y ss.

ello sea necesario para satisfacer los contra-intereses estimados de «mayor peso».

Sin embargo, el riesgo es que cuando todo se hace ponderable, todo se vuelve también posible, *sin que existan parámetros rígidos con los que comprobar la legitimidad de las operaciones de ponderación-preferencia*.

Por todas las razones expuestas, en mi opinión, es ilusorio pensar que se puede «europeizar» el Derecho penal, manteniendo intacta su fisionomía. La justicia penal continental y la justicia penal europea son sistemas tan diferentes que no pueden homologarse, y quizá ni siquiera puedan armonizarse de manera adecuada, si no es a costo de forzar la esencia del uno o del otro (*infra*, numeral 6).

5. Terrorismo, victimización a gran escala, amenaza globalizada: la respuesta 'poco humana' del Derecho europeo de los derechos humanos

Se puede imaginar lo que podrá producir una justicia penal tan «desbalanceada» sobre el garantismo colectivo frente a una amenaza excepcional, por extensión e intensidad, como es la que acompaña al terrorismo internacional.

Es innegable que después del 2001 todo cambió¹⁷⁹. El mundo comenzó a enfrentar el más temible fenómeno terrorista que jamás haya existido: el internacional de matriz religiosa, el del *duty to kill infidels*, el cual agrega a las «tradicionales» características del terrorismo internacional de matriz político-racional (variabilidad de los objetivos, flexibilidad de los *targets* y a-territorialidad) nuevas connotaciones¹⁸⁰, capaces de hacerlo incontrolable y completamente insensible a las tradicionales técnicas de reducción-contención de la criminalidad «normal». Tiene razón Dershowitz: contra este terrorismo no funcionan las amenazas o los castigos ejemplares, porque es un *contra sentido* amenazar de muerte a quien desea un *Martyrdom* (una muerte de mártir); y considerando *que* este terrorismo no tiene objetivos bien delineados, sino un único y

179 A partir de ese momento, el objetivo de la seguridad interna y externa al «área Schengen» domina la agenda política de la UE: recientemente, v. WATANABE, *Securing Europe. European Security in an American Epoch, Houndmills (Basingstoke)*, 2010, pp. 91 y ss.; RAMSPERGER, *Die Terrorismusbekämpfung im Rahmen der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik* (ESVP), Frankfurt a.M., 2009, especialmente pp. 75 y ss.; HAUSER, *Europas Sicherheit und Verteidigung*, Frankfurt a.M., 2010, pp. 7 y ss. y *passim*; EKENGREN, "Terrorism and the EU: the Internal-External Dimension of Security", en SPENCE (coord.), *The European Union and Terrorism*, London, 2007, pp. 30 y ss.

180 Sobre los rasgos del terrorismo internacional de matriz religiosa y, en particular, sobre ser una entidad no sujeta al control «patriarcal» de un Estado o de un Gobierno (lord-less entity) v., por todos, DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, responding to the Challenge*, trad. it. Terrorismo, Roma, 2003, pp. 13 y ss. y *passim*; DUBBER, "Guerra e pace: diritto penale del nemico e Police Power Model nel sistema statunitense", en DONINI, PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, pp. 323 y ss.

genérico fin «total» (el *overthrow* de la hegemonía occidental), impedir su logro significa simplemente luchar por la propia supervivencia.

En definitiva, frente al terrorismo apocalíptico la única respuesta practicable parece ser la guerra y, por ende, también un Derecho penal «de guerra». Entonces, al enfrentar esta amenaza extraordinaria, se daba por descontado que la (ya) victimocéntrica justicia penal europea renunciara frente al respeto de los derechos fundamentales de los aspirantes a *kamikaze* (o presuntamente tales)¹⁸¹, pensando en una justicia penal *ad hoc*, fundada en la sospecha, en metodologías investigativas inspiradas en una orientación utilitarista, en pruebas secretas y en la radical negación de las formas de tutela jurisdiccional¹⁸².

Y no solamente esto es así sino que también, en contra de *este* terrorismo, era previsible que la orientación reocéntrica con la que se había casado la justicia penal continental, y que *impone* la lógica individual-garantista que anima a todas las Constituciones de las «viejas democracias», sufriese algunos «ajustes indispensables». Esto es, era imaginable que *este* terrorismo ocasionara *nuevas operaciones de ponderación* entre las garantías individuales (a las que no se podía renunciar *tout court*) y la exigencia de tutelar a la colectividad de las potenciales víctimas (que resurge en un *nuevo* y prepotente modo, precisamente frente a la amenaza global desencadenada por el terrorismo internacional)¹⁸³.

Este es el escenario, que en conjunto es comprensible, que se tiene después del 2001. ¿Pero antes qué pasaba? ¿Cuál era, en particular, la posición del «garante

181 Sobre las medidas anti-terror adoptadas en el ámbito europeo-comunitario después del 2001, y sobre su profunda incidencia sobre los derechos fundamentales, véase IOPPOLO, *La repressione del terrorismo internazionale nella recente giurisprudenza italiana e comunitaria*, Torino, 2006, pp. 35 y ss. También PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, 2007, pp. 200 y ss., pp. 207 y ss., observa cómo la política criminal europea, especialmente en materia de terrorismo internacional y en especial después del 2001, encarna un modelo neo-conservador basado en la idea del control que, estando claramente *desequilibrado* sobre la seguridad, *sacrifica* los derechos y las garantías individuales.

182 Así, más o menos literalmente, WHITE, "The Terrorism Lists and Human Rights in the European Courts – Through the Looking Glass", en *JECL*, 2, II, 2007, pp. 33 y ss.

183 Sobre la necesidad de renovar el equilibrio entre libertad, seguridad e igualdad después del 11 de septiembre del 2001, cfr. las claras observaciones de HOFFMANN-RIEM, "Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge", en MÜLLER, SCHNEIDER (coord.), *Die Europäische Union im Kampf gegen den Terrorismus: Sicherheit vs. Freiheit?*, Baden-Baden, 2006, pp. 33 y ss. Habla de una re-modulación de las garantías individuales frente a la amenaza terrorista, también S. Bonini, "Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche", en *Cass. pen.*, 2009, pp. 2216 y ss. Sobre este tema véase también ROBINSON, "The Rule of Law: Striking a Balance in an Era of Terrorism", en NEATE (coord.), *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*, Chippenham-Eastbourne, 2009, pp. 27 y ss.; y BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, especialmente pp. 149 y ss.

européo de los derechos humanos» antes del 2001, esto es, cuando el terrorismo, en Europa, era sólo el político y territorialmente localizado (por ejemplo el de IRA)? ¿Cuál era la actitud de la Corte Europea frente a las prácticas policiales, a los métodos de investigación, procesos y medidas legislativas que contrastaban el terrorismo, cuando este fenómeno no amenazaba las profundas raíces de la comunidad internacional, sino que era una cuestión doméstica?

La verdad, guste o no, es que la Corte Europea verdaderamente siempre se ha puesto *de parte de los derechos humanos* sólo frente a *casos simples* (*easy cases*); esto es, frente a los crímenes y los delincuentes «normales», respecto a los cuales se podía (y se debe) considerar el «tercer grado» como una forma de tortura, y frente a los que se podía (y se debe) discutir sobre las barreras arquitectónicas que afectan a las cárceles, sobre lo adecuado o no de sus servicios higiénicos, sobre la amplitud de las celdas y demás cuestiones¹⁸⁴.

Pero en cambio, una actitud así de equidistante nunca ha sido adoptada respecto a los «casos difíciles»: en estas hipótesis de «extraordinaria administración penal», de criminales ideológicamente motivados, de potencial victimización difusa a gran escala, el juez europeo se ha puesto siempre *de parte de los derechos humanos de las víctimas*.

Para convencerse, basta remitir a cualquier pronunciación rendida por la Corte Europea en torno a la «gestión» del terrorismo irlandés por parte de las autoridades británicas.

Y así, mientras para los *ordinary crimes* podía valer la *standard route*, para los terroristas político-independentistas de I.R.A. los jueces de Estrasburgo «sugerían» un régimen procesal diverso y excepcional: tribunales *ad hoc*, procesos *wholly in secret* e inversiones de la carga probatoria, a lo que se agregaba (para el juez) la posibilidad de inferir del silencio del acusado una *evidence against him* y (para el ministerio público) la facultad de limitar discrecionalmente el *discovery* de las pruebas a cargo¹⁸⁵.

También las disposiciones materiales, naturalmente, presentaban interpretaciones extra-ordinarias.

Así, antes que nada, el art. 5, inciso 1, literal c), CEDH, que normalmente exige una fundada sospecha de comisión del delito para someter a alguien a medidas contra

184 Cfr. recientemente, “Sulejmanovic c. Italia”, 16/7/2009, en *Cass. pen.*, 2009, pp. 4927 y ss., con notas de PLASTINA y EUSEBI, con la cual a Italia se le atribuía la violación del art. 3 CEDH por el muy pequeño espacio reservado al detenido en solitario en la celda. Mirando este caso, el recurrente era un «normalísimo» atracador y encubridor bosniaco. También las recientes y por cierto «revolucionarias» aperturas de la Corte en temas de *Sicherungsverwahrung* (detención de seguridad), luego, *ordinary cases*: cfr. M. c. Alemania, 17/12/2009, en www.echr.coe.int

185 Para un espléndido panorama del «proceso penal para los terroristas» diseñado por la Corte Europea antes del 2001, cfr. WARBRICK, “The principles of the European Convention on Human Rights and the response of State to Terrorism”, en *EHRLR*, 2002, pp. 287 y ss.

la libertad, se permitían *excepcionalmente* sin ese requisito, cuando se trataba de obtener información sobre actividades terroristas¹⁸⁶. También el art. 5, inciso 2, CEDH, contempla que normalmente al arrestado deber serle comunicadas sin retardo las razones que fundan la medida restrictiva, pero consiente *excepcionalmente* retardar dicha comunicación, e incluso no darla, cuando sobre el sujeto pesase la «suspicion of being involved in terrorism»¹⁸⁷. Por último, también la regla según la cual la medida contra la libertad debe someterse inmediatamente (*promptly*: art. 5, inciso 3, CEDH) al control-convalidación de la autoridad judicial conocía actuaciones extremadamente elásticas, no impidiendo detenciones «informales» de hasta siete días, en caso de que esto fuese *strictly required by the exigences* de lucha contra el terrorismo¹⁸⁸.

Adicionalmente, el particular *background* del terrorismo justificaba interferencias excepcionales *beyond those necessary for the investigation and prosecution of ordinary crimes* también en el derecho establecido en el art. 8 CEDH (legitimando interceptaciones de conversaciones y «medidas de vigilancia» *normalmente* ilegales)¹⁸⁹ e incluso en la libertad normalmente hiper-tutelada que trae el art. 10 CEDH (justificando limitaciones-castigos de la actividad de diseminación de opiniones de respaldo meramente ideológico a la causa terrorista)¹⁹⁰.

En definitiva, para el terrorismo político y territorialmente localizado, la Corte auspiciaba y alababa una vía penal diferenciada que no tenía verdaderamente nada que envidiar a la tristemente famosa legislación antiterrorista estadounidense¹⁹¹; además, sin constreñir los Estados a declarar un *état d'urgence* ex art. 15 CEDH para poder (ab) usar de su poder coercitivo¹⁹².

186 Por las particulares dificultades de la *war on terror*: Comentario a *McVeigh e altri c. Regno Unito*, 18/3/1981, en www.echr.coe.int

187 *Fox e altri c. Regno Unito*, 30/8/1990, en www.echr.coe.int

188 *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, 26/5/1993, en www.echr.coe.int

189 *Klass c. Germania*, 6/9/1978, en www.echr.coe.int

190 Comentario a *Purcell e altri c. Irlanda*, 16/4/1991, en www.echr.coe.int

191 Para darse cuenta, basta confrontar la «justicia penal para los terroristas» avalada por la Corte Europea, con la legislación ante-terrorismo estadounidense (*USA Patriot Act*), caracterizada también por interceptaciones «ilegales», tribunales especiales, procesos a puerta cerrada, custodia cautelar dispuesta sobre la base de pruebas (o indicios) secretos que pasan otros límites «ordinarios», etc. Véase la minuciosa reconstrucción de ADDICOTT, *Terrorism Law. Materials, Cases, Comments*, 5 ed, Tucson (Arizona), 2009, especialmente pp. 57 y ss. Verdaderamente nada nuevo, en conclusión.

192 Cosa que habría perjudicado la eficacia y la tempestividad de la campaña anti-terror. En efecto, para poder derogar legítimamente los derechos convencionales en el sentido del art. 15 CEDH, los Estados deben absolver complejas cargas demostrativas: deben localizar territorialmente la amenaza a la seguridad de la nación (cosa que, para el terrorismo internacional, es prácticamente imposible) y, sobre

Si ésta es la situación de *ayer*, es intuible con cuanta habilidad, *hoy*, la Corte avala la compresión/neutralización de las libertades convencionales en nombre de la lucha contra la más destructiva y difusa de las amenazas.

En efecto, el supuesto «guardia europeo de los derechos humanos» no vacila en relativizar *todas* las obligaciones negativas de interferencia (incluso aquellas por siempre consideradas inflexibles, como el art. 3 CEDH), haciendo así *souples* (flexibles) también las obligaciones positivas de tutela y protección: no por casualidad la Corte ha tomado y asumido un comportamiento más blando en las confrontaciones estatales orientadas a no castigar (discriminar) formas de «presión» física y psíquica en las confrontaciones de sospechosos terroristas o, de todos modos, a mitigar el tratamiento sancionatorio en consideración de la finalidad de «salvar» perseguida por los agentes estatales¹⁹³. Es de esperarse, por consiguiente, que la Corte comenzará también a no censurar la eventual elección del Estado de no investigar (o, en todo caso, investigar en modo poco incisivo) allá donde el abuso de las fuerzas de seguridad haya terminado de adquirir información sobre presuntas actividades terroristas¹⁹⁴. Mientras la cultura penal continental aún se pregunta sobre el carácter absoluto de la prohibición de tortura cuando hay inocentes por salvar¹⁹⁵; en conclusión, en la «Europa de los derechos humanos» todas las dudas parecen disolverse: aquí, paradójicamente, la predisposición de una vía *radicalmente* diferenciada para los macro-enemigos encuentra su más nítida legitimación. Por otra parte, ¿qué se podía esperar de un sistema así? Si la justicia penal pensada en Europa, en efecto, es siempre y en todo caso «desequilibrada» a favor de las *virtual victims*; si aquel sistema permite una «modificación» de las garantías individuales incluso cuando los sujetos a proteger no son ni inocentes, ni vulnerables¹⁹⁶, entonces es absolutamente consecuencial que los principios reocéntricos se *neutralicen sustancialmente* en caso de que se ponga en riesgo a toda la comunidad occidental.

todo, deben revelar la información de *inteligencia* con base en la cual presumen la inminencia de un atentado: WARBRICK, *The principles of the European Convention*, cit., pp. 311 y ss.

193 Cfr. *Gafgen c. Alemania*, 30.6.2008, en www.echr.coe.int. Sobre la tendencia de los Estados a no castigar a los torturadores comprometidos en la lucha contra el terrorismo, NOVAK, "Legal controversies relating to torture", en JØRGENSEN, SLAVENSKY (coords.), *Implementing Human Rights. Essay in Honour of Marten Kjærsum*, Copenhagen, 2007, pp. 214 y ss.

194 Así, proféticamente, SACCUCCI, "Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione 'al ribasso' degli obblighi internazionali?", en *DUDI*, 1/2009, pp. 5 y ss.

195 Sobre este tema, recientemente, GRECO, "Die Regeln hinter der Ausnahme Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen", en *GA*, 2007, pp. 628 y ss.; MERKEL, "Folter und Notwehr", en *FS G. Jackobs*, 2007, pp. 375 y ss.; GOERLICH (coord.), *Staatliche Folter. Heiligt der Zweck die Mittel?*, Paderborn, 2007; HORLACHER, *Auskunftserlangung mittels Folter*, Hamburg, 2007; POLZIN, *Strafrechtliche Rechtfertigung der 'Rettungsfolter'*, Hamburg, 2008.

196 *Supra* numeral 4, punto I.

En conclusión, frente a enemigos «a-normales» la Corte Europea siempre ha *participado de la lucha*, negando con sorprendente habilidad la validez de los principios que constituyen la «armadura» de derechos humanos y que, exactamente como la valiosa entidad que encierran y protegen, habrían debido permanecer insensibles a emergencias, estrategias político-criminales y *estatus* jurídicos; y removiendo ciertas «armaduras», la Corte Europea de los Derechos Humanos ha terminado por negar la universalidad¹⁹⁷, por consiguiente, *la misma existencia de los derechos* humanos, los cuales, si es verdad que no pueden representar prerrogativas en todo caso absolutas e inelásticas¹⁹⁸, no pueden tampoco ser diluidos al punto tal de subyacer a *una regla de preferencia*; al punto tal de poder ser diferenciados en «menores» y «mayores» de acuerdo con la «condición jurídica» de que se les «revista». De otra manera, daría igual dejar de hablar de derechos *humanos*.

El acercamiento víctima-céntrico europeo, no obstante, no sólo minimiza y normaliza una vía penal «de guerra» para el más terrible de los enemigos, sino que hace *obligatoria* tal respuesta diferenciada: un Estado que aplicase a los terroristas tradicionales principios garantistas, comprometería la eficacia de la *war on terror* y, por consiguiente, disminuiría el *deber positivo* de proteger efectivamente la vida, la integridad y la dignidad de sus mismos ciudadanos, todos potenciales víctimas, *particularmente* vulnerables (y, por consiguiente, merecedoras de particular protección) del terrorismo apocalíptico.

En conclusión, si en la justicia penal el derecho a la seguridad (de las víctimas) tiende a vencer sobre la seguridad de los derechos fundamentales (de los criminales) desde hace cerca de veinte años, es obvio que aquel Derecho después del 11 de septiembre *es aplastante*¹⁹⁹.

197 Sobre la *universality* de los derechos humanos, entendida la validez de los mismos para cada ser humano prescindiendo del sexo, de la raza y de *cualquier cualificación/atributo jurídico*, cfr. LEUPRECHT, "General course on human rights in Europe", en AA. VV., *Collected courses of the Academy of European Law*, V, 2, *The protection of human rights in Europe*, The Hague-Cambridge, 1997, pp. 135 y ss.

198 Véase por todos, DELMAS MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 2004, especialmente p. 329.; y ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1986, pp. 99 y ss.

199 El derecho a la seguridad (*Recht auf Sicherheit, droit à la sécurité*) que la Corte Europea reconoce en cabeza a los *Bürgeropfer*, por lo tanto, es muy diverso de aquel *ex art. 5 CEDH (droit à la sûreté, personal security*, libertad por la detención arbitraria); ésta última disposición, en efecto, prevé un *set* de garantías que deben rodear la adopción de medidas contra la libertad *a cargo del reo* y, por esto, expresa una instancia de protección del poder punitivo-penal: así, entre muchos ROBBERS, *Sicherheit*, cit., 22. Sobre la distinción entre *droit à la sûreté* (entendido como *droit à la sécurité des personnes lié à la prévention d'attentes à l'ordre public*) y sobre la tendencia de la política criminal europea a girar en torno al segundo (*modèle sécuritaire*), véase, GINDRE, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, Paris, 2009, pp. 161 y ss.

6. «Victimocentrismo» europeo y «reocentrismo» continental

La finalidad de esta breve incursión en la justicia penal europea era demostrar su *genética heterogeneidad* respecto a la justicia penal continental; en esta última, en efecto, el proceso aún es, sobre todo, guardián de los derechos del acusado, cuya inocencia se presume, mientras el Derecho material es todavía sobre todo 'Magna Charta' del reo, o *set* de principios contra el poder coercitivo-penal.

El Derecho penal continental, en particular, es un aparato (excluyente sí, pero también) «humanista», atravesado por el principio de culpabilidad y por consiguiente dialógico con el delincuente, orientado a su recuperación; no es que la «pena continental» no cumpla también una función inhabilitante, desde luego, pero queda el hecho de que el principio de la responsabilidad personal impide que las instancias preventivas comprometan la obligación de personalización de la respuesta punitiva, prohibiendo condenas ejemplares para fines de *disuasión*, y prohibiendo que pronósticos de peligrosidad «para el futuro» puedan justificar medidas restrictivas desproporcionadas respecto a la culpabilidad por «el hecho pasado».

Esto no significa, naturalmente, que no estén presentes *en modo puntual* institutos, tipos penales y micro-sistemas pensados más para neutralizar que para re-integrar, los cuales «conviven» con el Derecho penal de la culpabilidad y la proporcionalidad²⁰⁰; y esto no significa tampoco que los sistemas continentales no conozcan un Derecho penal intervencionista y preventivo-promocional, desde que se sostiene la inspiración reocéntrica, pero puede y debe ser equilibrada con contra-exigencias de defensa social.

Por tales razones, me sorprende un poco quien define como «original» el enfoque europeo, el cual empareja una tutela *del* Derecho penal a una tutela *mediante* el Derecho penal²⁰¹, como si un Derecho penal que «interviene» y «promueve» no esté ya masivamente presente en los sistemas continentales, especialmente fuera del Código. También el denominado Derecho penal del riesgo, en efecto, *mira a víctimas en potencia*, o sea que no se limita a «custodiar» los derechos del reo, sino que es *también* un instrumento de progreso y de realización del bienestar social: criminalizando peligros presuntos y presidiando protocolos procesales, pretende *prevenir* que aquellos peligros degeneren en lesiones, promoviendo con ello mejores y más seguras condiciones de vida (laborales, ambientales, financieras,

200 Según DONINI, "Il diritto penale di fronte al «nemico»", en *Cass. pen.*, 2006, pp. 735 y ss., 743 y ss., 758 y s., las medidas de seguridad y la legislación de contraste a la criminalidad organizada constituyen formas de legítimo Derecho penal de lucha dentro y junto al Derecho penal de la culpabilidad y de la proporcionalidad.

201 Me refiero a VIGANO', "Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU", en *AA.VV., La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, en *Giur. merito*, 2008, suppl. n. 12, pp. 81 y ss., 84 y ss.

viales, alimentarias y así sucesivamente)²⁰².

En la justicia penal continental, la víctima sigue siendo marginalizada²⁰³, y sus «derechos» continúan teniendo una relevancia constitucional sólo indirecta²⁰⁴: la auténtica víctima del Derecho penal, en conclusión, sigue siendo el reo.

En definitiva, el formidable crecimiento de movimientos de víctimas y estudios victimológicos no ha logrado rasguñar el celoso apego de la cultura continental a un sistema penal reocéntrico, en cuyo ámbito las víctimas son publicitadas, despersonalizadas y disueltas dentro de la categoría del bien jurídico. Luego, cuando el Estado deja el monopolio punitivo, lo libera y vuelve a llamar a la causa a la víctima en particular de carne y hueso, la intervención de esta última, cuando no está dirigida a la *Warheitsfindung* no perjudica al reo sino que, por el contrario, *le sirve siempre*.

Basta pensar en la denominada victimo-dogmática y en las prácticas de justicia restaurativa: tanto en un caso como en el otro, el reingreso de la víctima se hace funcional a la actuación del principio de subsidiariedad-*extrema ratio*, en una óptica de atenuación de la (o de renuncia a la) respuesta sancionatoria²⁰⁵.

El proceso de des-marginalización de la víctima²⁰⁶, en conclusión, es «adaptado»

202 También los ordenamientos penales continentales, en conclusión, conocen sub-sistemas que encarnan, a veces a la perfección, el tipo ideal del Derecho penal «moderno»: se trata de un instrumento penal hipertrófico y artificial, compuesto por normas incriminadoras totalmente en blanco, de mera conducta y de peligro, y dominado por sanciones pecuniarias. Sobre el enlace entre la anticipación de la tutela (delitos de peligro) y la tutela de las víctimas de la «sociedad del riesgo», Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, pp. 24 y ss., pp. 192 y ss. y passim.

203 O neutralizada (*neutralisiert*): muy instructivo sobre el punto, KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN (COORD.), *Vor § 1*, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2 ed, I, Baden-Baden, 2005, pp. 81 y s.

204 No constituye un «valor en sí mismo»: así, entre otros, SCHÜNEMANN, “Zur Stellung des Opfers in System des Strafrechtspflege”, en *NStZ*, 1986, pp. 197 y ss.

205 La victimo-dogmática, entendida como proyección de la victimología en la dogmática penal, en efecto nace con el intento de llegar a una disminución (o, en las posiciones más radicales, a la exclusión) de la pena enfatizando la contribución de la víctima en la dinámica criminal: cfr. PÉREZ CAPEDA, “La victimodogmática en Derecho penal”, en REYNA ALFARO (COORD.), *Derecho, proceso penal y victimología*, Mendoza, 2003, pp. 59 y ss.; BEULKE, “Opferautonomie im Strafrecht. Zum Einfluss der Einwilligung auf die Beurteilung der einverständlichen Fremdgefährdung”, en *FS H. Otto*, 2007, pp. 207 y ss.; DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, especialmente pp. 37 y ss.; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003. También las practicas de la denominada Justicia conciliatoria interna al procedimiento y al proceso penal son siempre y de todos modos funcionales para producir efectos favorables al reo: cfr. Por ejemplo, MANNOZZI (COORD.), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004.

206 Este léxico es asumido por CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgada*, 2 ed, Barcelona-Bogotá, 2001.

y calibrado sobre la fisonomía reo-centrada de la justicia penal continental, la cual, por esta vía, *mantiene inalterada su primigenia identidad*.

Al contrario, en Europa re-vive una *nueva* edad de oro de la víctima²⁰⁷, *nuevamente* en el centro de las políticas criminales (derecho a la seguridad) y nuevamente protagonista en el momento sancionatorio (...y derecho al castigo)²⁰⁸.

Ahora bien, si es verdad que a fines de la Alta Edad Media se advirtió la exigencia de someter a un «control público» la reacción vengativa del ofendido por el delito y/o de su *clan*, con el fin de evitar una caótica espiral de violencia recíproca²⁰⁹; y si bien es cierto que la justicia penal del Estado moderno nace verdaderamente, por un lado, con la precisa intención de *proteger al reo* de reacciones «desproporcionadas» de una tercera parte o de la colectividad²¹⁰, y por otro lado, con la idea de domesticar las estrategias político-criminales²¹¹; si es cierto, en conclusión, que el Derecho penal moderno es un aparato *genéticamente reocéntrico*, entonces es evidente que, en caso de que «se transforme» en un sistema basado en el culto a las víctimas, resultará ser un mecanismo *necesariamente irracional*: forjará políticas criminales en función del sentido de (in) seguridad colectiva y dispensará castigos en nombre de la (in) justicia para las víctimas, lo que, en efecto, significaría *necesariamente* perder en objetividad, imparcialidad y proporcionalidad²¹².

En particular, se da por descontado que cuando el Derecho penal «sella una alianza» con las víctimas; es decir, cuando la misión del Derecho penal consiste en

207 Habla de una «edad de oro» de la víctima, con referencia al rol que ésta cumplía en el Derecho romano, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "La aportación de la victimología: Víctima, criminología, política criminal y política social en el Estado de Derecho", en ROMEO CASABONA (coord.), *Presupuestos para la reforma penal*, I, Laguna-Tenerife, 1992, pp. 69 y ss.

208 Exactamente cómo sucedía en las antiguas culturas griega, romana y hebrea: cfr. COSTA ANDRADE, *A víctima e o problema criminal*, Coimbra, 1980, pp. 50 y ss.

209 Para una enorme reconstrucción histórico-penal del rol y de los poderes de las víctimas del delito, véase FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, especialmente pp. 5 y ss.

210 SILVA SÁNCHEZ, "Medios no judiciales de reparación a la víctima", en ROMEO CASABONA (coord.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. XXIIº coloquio de derecho europeo*, La Laguna, 1993, pp. 33 y ss.

211 Manteniéndolas serenas, equilibradas y «desapasionadas»: véase SILVA SÁNCHEZ, "La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimismo-dogmática", en AA.VV., *La Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pp. 11 y ss.

212 En este sentido HASSEMER, REEMSTMA, *Verbrechensopfer*, cit., pp. 110 y s. Cuando se deja re-emergir el drama humano «escondido» detrás de la categoría (aséptica) del bien jurídico, haciendo de «motor» de la justicia penal, se injertan en el sistema componentes emotivos y pasionales que comprometen *inevitablemente* la objetividad, transbordándolo hacia castigos ejemplares, suministrados también a costa de las garantías del *fair trial*: sobre el conflicto entre *principle of fair play* (garantías para el reo) y *justice for victims* (castigo para el reo), véanse las claras observaciones de FLETCHER, *The grammar of criminal law: american, comparative and international*, I, Foundations, Oxford, 2007, pp. 255 y ss.

«poner al seguro» y tutelar los derechos y las libertades de las víctimas, éste se vuelve un dispositivo *más securitario* (más preventivo), *más intervencionista* (no subsidiario) y *más neutralizante* (no dialógico) con quienes amenazan o violan esos derechos y esas libertades.

Por estas razones, lo digo sólo como paréntesis, no es exacto afirmar que los ciudadanos-víctimas potenciales, invadidos por el miedo generado por los viejos y los nuevos fenómenos criminales (*Verbrechensfurcht*), aceptan ceder una porción de las *propias* libertades a cambio de mayor seguridad²¹³. Al contrario, una justicia penal que pretende ser más preventiva y violenta, *anticipa y por ende maximiza* la tutela de esas libertades, generando un sentido de seguridad (*subjektive Sicherheitsgefühl*) necesario para garantizar su «tranquilo» y pleno disfrute.

El Derecho penal, en otras palabras, no sacrifica los derechos y las libertades de *todos los individuos* que conforman el cuerpo social, sino que ataca los derechos y las libertades de una categoría precisa de individuos (los reos) *con el fin* de tutelar a todos los demás (la sociedad de las víctimas, los «ciudadanos honestos»). Cuanto mayor sea el sacrificio impuesto a unos, mayor es la protección de los otros. Esto explica por qué muy pocos norteamericanos han acusado a la legislación anti-terrorista estadounidense de haber perjudicado las *propias libertades fundamentales*²¹⁴. Las interceptaciones y los interrogatorios ilegales, Guantánamo, los procesos sumarios y la subversión de las reglas del juicio estaban dirigidas y se dirigen (*targered*) a una categoría subjetiva bien determinada (los sospechosos terroristas), y no a todos los demás (las potenciales víctimas de los terroristas), en nombre de los cuales, al contrario, se combate esta guerra. Es verdad que el 11 de septiembre lo ha cambiado todo, y por consiguiente es también verdad que ha cambiado el modo de entender las libertades fundamentales, pero no en el sentido de que, para optimizar la reacción a esta tragedia, se hayan comprometido mediante el Derecho penal los derechos fundamentales de todos²¹⁵. En definitiva, en mi opinión, la apasionada disputa sobre el conflicto o la armonía entre la libertad y la seguridad no es otra cosa que la contraposición entre la idea de que el Derecho penal debe mantener su vocación reo-céntrica (siendo un *límite* a pesar de la «sociedad del riesgo»; versión del conflicto), y la idea de que el Derecho penal ha perdido completamente toda connotación liberal, siendo hoy completamente víctima-céntrico (o sea un instrumento de tutela «a cualquier precio» de las libertades de los ciudadanos honestos; versión de la armonía)²¹⁶.

213 Como en cambio lo afirman HASSEMER, REEMSTMA, *Verbrechensopfer*, cit., p. 62.

214 Da cuenta de ello COLE, *Enemy aliens. Double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*, New York-London, 2003, p. 18.

215 Cfr. *Ibid*, pp. 17 y ss., p. 21.

216 Así, GÓMEZ MARTÍN, «Libertad, seguridad y «sociedad del riesgo»», en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO (coords.),

Al contrario de lo que ha sucedido en los sistemas penales continentales, en donde las víctimas, a pesar de su «redescubrimiento», han conservado una posición recesiva y marginal, Europa va en la dirección exactamente opuesta: «su» justicia penal, estando pensada y construida para custodiar y tutelar los intereses y derechos fundamentales de las víctimas (frente a los agentes estatales, frente a los particulares, frente al delito, frente al proceso, y bien sean potenciales, efectivas, vulnerables, inocentes, «culpables»), *termina por marginalizar al reo*²¹⁷.

Una justicia penal como la europea, en definitiva, funciona bien para un Estado *muy social, poco democrático y muchísimo menos de Derecho*²¹⁸.

7. Conclusiones

Como creemos haber demostrado, la justicia penal europea y la justicia penal transicional comparten la posición de absoluta centralidad otorgada a las víctimas, cuyos derechos, sin embargo, son interpretados en contextos totalmente diferentes. En el primer caso, se trata de tutelar a los inocentes de micro y macro amenazas *inminentes*, mientras que en el segundo las víctimas vuelven a salir a la superficie una vez que el peligro ha *cesado*. Por ello, en la primera de las hipótesis domina la idea de la seguridad (los enemigos están vivos, sanos y fuertes), mientras que en la

La política criminal en Europa, Barcelona, 2004, pp. 59 y ss., pp. 62 y ss.; v. también CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, cit., p. 193.

217 Si quisiésemos utilizar los tipos ideales elaborados por Jareborg, podríamos decir que la justicia penal europea se acerca mucho al denominado modelo ofensivista (*offensive approach*), el cual, estando dominado por la idea de la prevención e inspirado por las lógicas marciales, es hipertrófico, hiper-represivo y flexibiliza las garantías sustanciales y procesales para responder a las instancias de seguridad social-popular (*popular punitiveness*): JAREBORG, *Scraps of penal theory*, Uppsala, 2002, pp. 97 y ss. Siempre en la línea de la utilización de modelos ideales, podríamos decir que el sistema penal europeo se parece al «Derecho penal de la seguridad ciudadana» teorizado por Díez Ripollés: el aparato punitivo en el que piensa Eruopa, de hecho, busca proteger a la comunidad de los inocentes contra *cualquier* riesgo (no sólo los de tipo tecnológico), y pretende hacerlo expandiéndose «cualitativamente» (*expansión intensiva*, endureciendo las cargas sancionatorias), antes que «cuantitativamente» (*expansión extensiva*, protegiendo nuevos sectores): Díez Ripollés, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en S. BACIGALUPO, CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, pp. 243 y ss., 252 y ss.

218 Al contrario, a ésta le cuesta acomodarse a un Estado que, cuando interviene y cumple su misión de prevención, lo debe hacer provocando el mínimo sufrimiento posible y dentro de unos límites precisos, los cuales siguen siendo *inflexibles* en cuanto protegen las libertades fundamentales. Sobre el equilibrio entre prevención (Estado social...), límites (...de derecho) y respeto a los derechos humanos (...y democráticos) que caracteriza a las Constituciones continentales, v. MIR PUIG, «Ipotesi per un diritto penale dello stato sociale di diritto», en MOCCIA (coord.), *Diritto dell'uomo e sistema penale*, I, Napoli, 2002, pp. 83 y ss. En particular, sobre la incompatibilidad entre la idea del Estado social y democrático de Derecho y una justicia penal en la que la tutela de las víctimas se dé «a costa» de la presunción de inocencia y del derecho de defensa, v. LANDROVE DÍAZ, *La moderna victimología*, cit., p. 34.

segunda prevalece la idea de la justicia-reintegración (los enemigos están ya vencidos, arrojados y en espera de conocer su suerte).

En ambos casos, como se decía antes, *no hay bienes jurídicos* que sirvan como criterios de legitimación negativa, sino sólo *derechos de las víctimas* que reclaman, respectivamente, protección «preventiva» y satisfacción «sucesiva». Precisamente por estos motivos, en ambos casos se presenta una justicia penal profundamente diferente (a-normal, extra-ordinaria) de aquella liberal (normal, convencional), cuyas inflexibles barreras reocéntricas impedirían tutelar ágil, eficaz e integralmente a los terceros (*third parties*).

Por eso no me sorprende que haya quien piense en la justicia *ex post facto* como en un ‘paradigma’ sobre el cual modelar la respuesta penal al terrorismo²¹⁹. De hecho, aún en la diversidad de los contextos situacionales, en uno y en otro caso se trata de desarrollar un sistema penal *no-convencional*, en el que se pueda flexibilizar, si es que no evitar, todo lo que obstaculice la tutela de los inocentes.

Todo esto confirma una vez más que el reo y la víctima ocupan posiciones conflictivas y que, en consecuencia, la irrupción de la segunda en la justicia penal «deforma» su fisionomía hasta el punto que la hace «irreconocible». Esto confirma, en últimas, que aceptar una posición de primacía de las víctimas significa renunciar al Derecho penal liberal.

219 Cfr. DICKINSON, “Terrorism and the limits of law”, en SARAT, DOUGLAS, UMPHREY (coords.), *The limits of law*, Stanford, 2005, pp. 20 y ss., la cual, luego de haber confirmado las (indiscutibles) diferencias que existen entre la *Transitional Justice* y la lucha contra el terrorismo (éste implica una macro-amenaza muy actual y que proviene de actores no-estatales y no localizables territorialmente, mientras que la justicia transicional se ocupa de ilícitos cometidos en el pasado en y «por» Estados actualmente inexistentes), propone inspirarse en la justicia penal *no convencional* de las transiciones para construir una justicia penal *no convencional* para los terroristas.