

escrito

INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.)
ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española)

LA INSOSTENIBLE SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL



tura del proceso penal en su totalidad. El argumento reza: la eliminación del derecho de dar instrucciones elevaría al Ministerio Fiscal a la categoría de una institución análoga a la Judicatura; sin embargo, sólo se corresponde con el modelo liberal de proceso penal una posición de parte del Ministerio Fiscal³². El argumento tiene peso —con independencia de si es ajustada la caracterización de la estructura del proceso penal alemán actual como «proceso de partes»—³³. Que en todo caso se basa también en la posición antagónica del inculpad y el fiscal es algo que no cabe discutir. Es asimismo correcto que la objetividad del juez se basa psicológicamente en la parcialidad programática del Ministerio Fiscal; éste fue el punto de partida de la introducción del Ministerio Fiscal y de la sustitución del procedimiento inquisitivo por el procedimiento acusatorio. La cuestión decisiva es si para la «posición de parte» del Ministerio Fiscal es constitutiva su vinculación por instrucciones. Esta cuestión es difícil de contestar en la medida en que se trata de imponderables de la psicología procesal. Por mi parte, sin embargo, más bien la respondería en sentido negativo. La «posición de parte» del Ministerio Fiscal se basa en su función —en especial como representante de la acusación— no en su vinculación por instrucciones. La vinculación por instrucciones no se sitúa históricamente en la tradición de las reformas liberales, sino en la tradición del domesticamiento de estas reformas.

En resumen: Una vez que las comprometidas discusiones de los años sesenta y setenta han quedado sin resultados tangibles, es hora de volver a reflexionar sobre los problemas de la vinculación por instrucciones del Ministerio Fiscal desde la perspectiva del Estado de Derecho³⁴.

³² Así, en especial, INGO MÜLLER, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, 1980, págs. 201 y sigs.

³³ Sobre la posición contraria, que responde negativamente a esta pregunta, cfr. por ejemplo GÖSSEL (nota 16), pág. 337.

³⁴ Un profundo análisis y crítica ahora en ELLSCHEID, «Die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft», en H. JUNG/H. MÜLLER-DIETZ/U. NEUMANN (ed.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, 1995.

EL TRATO ACTUAL DEL MANDATO DE DETERMINACIÓN *

FRANCK SÜB

A. INTRODUCCIÓN

Si se quiere conocer algo sobre la situación actual de un sistema jurídico-penal, es indispensable analizar los fundamentos de ese Derecho penal. Así, en primer lugar, han de examinarse los principios y reglas que le sirven de base. Su relevancia teórica y práctica permiten conocer fácilmente la forma y el contenido de ese sistema.

Si se trata de examinar un sistema jurídico-penal codificado que se ha consagrado al ideal de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho liberal es recomendable empezar observando el papel del principio de legalidad. Por esta vía no sólo se puede averiguar algo sobre la arquitectura del edificio jurídico-penal. En el trato dado al principio de legalidad, que, con razón, es considerado como uno de los «postulados nucleares de la pena del Estado de Derecho»¹, se refleja, además, el nivel alcanzado en relación con el Estado de Derecho liberal así como las tendencias político-criminales actuales.

La importancia del principio de legalidad para el actual Derecho penal alemán será evaluada en este trabajo un poco más a fondo, mediante el análisis del trato que se ofrece al mandato de determinación, la expresión singular más importante del principio de legalidad^{2,3}.

* Título original: «Vom Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot». Traducción a cargo de David Felip i Saborit.

¹ Así, la fundamentación del proyecto de Código penal alemán de 1962, pág. 105.

² Sobre el resto de manifestaciones del principio de legalidad, *vid.* HASSEMER, *AK*, vol. I., 1990, § 1, Nm. 13 y sigs.; NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 6.^a ed., 1991, § 2;

B. SOBRE EL «ESTADO DE COSAS»: LA IMPORTANCIA ACTUAL DEL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN

I. Sobre la aceptación en lo fundamental del mandato de determinación

A primera vista parece que al mandato de determinación ha de reconocérsele una importancia excepcional.

Un argumento a favor de ello es, en primer lugar, que, en Derecho penal alemán, al mandato de determinación —como parte del principio de legalidad— le corresponde una pretensión de vigencia ilimitada⁴. El mandato de promulgar y aplicar únicamente leyes determinadas no sólo está normativamente garantizado de forma reiterada en lugares destacados —en el art. 103 GG, el § 1 StGB así como el art. 7 CDH—⁵, sino que disfruta además del rango de derecho fundamental⁶ y es, en razón del art. 79 III GG, irreformable en su contenido básico⁷. Por otra parte, contra su vulneración puede interponerse una queja de inconstitucionalidad⁸.

Ello se corresponde con el hecho de que la vigencia en lo fundamental de este mandato no es cuestionada hoy en día ni por la ciencia penal ni por

SCHMIDT-ASSMANN en MAUNZ/DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 4, 1992, Art. 103 II, Nm. 163 y sigs. así como KREY/WEBER-LINN, *Blau-FS*, 1985, págs. 124 y sigs., los cuales remarcan el estrecho parentesco existente con la «reserva de ley» constitucional. La especial importancia del mandato de determinación resulta de la circunstancia de que, sin tipos formulados con precisión, tanto la prohibición de retroactividad como la prohibición de analogía podrían pasarse por alto fácilmente. Cfr. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, Nm. 120, pág. 126; HASSEMER, *AK*, § 1, Nm 47; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pág. 23.

³ La pregunta acerca de la «legalidad de la determinación» —y, con ello, la problemática de la legislación penal en blanco— no será tratada en este trabajo. Aquí interesa la «exactitud», o sea, la «determinación de la ley». Sobre esta diferenciación, cfr., simplemente, JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, § 4, Nm. 11 y 13.

⁴ Sobre lo siguiente, cfr., simplemente, HASSEMER, *AK*, § 1, Nm. 1 y sig.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4.^a ed., 1988, § 15 II 4; KREY, *op. cit.*, Nm. 99 y sigs.

⁵ En el art. 103.II GG y el § 1 StGB se dice: «Un hecho sólo puede ser castigado si la punibilidad estuviere determinada legalmente antes de su comisión».

⁶ BayVerfGEH 4, 201; SCHMIDT-ASSMAN, *op. cit.*, Nm. 191, con ulteriores referencias, alude a un «derecho fundamental al proceso».

⁷ SCHMIDT-ASSMAN, *op. cit.*, Nm. 192.

⁸ Cfr. art. 93.I núm. 4a GG.

la jurisprudencia⁹. Las numerosas descripciones del principio de legalidad —algunas de ellas verdaderamente patéticas— subrayan lo anterior¹⁰.

II. La realidad del Derecho penal

Sin embargo, esta impresión es engañosa. Si se observa el trato dado al mandato de determinación con mayor detenimiento, se hace evidente de inmediato que este principio jurídico sólo rige en sentido normativo. Por el contrario, no se advierte una vigencia fáctica: las exigencias que el mandato de determinación establece a la ley penal ni son reconocidas ni se cumplen en la práctica¹¹.

1. Esta conclusión es incuestionable siempre que el mandato de determinación —como procede¹²— se interprete, de acuerdo a su tradición ilustrada, en un sentido consecuente con el Estado de Derecho liberal¹³.

a) El mandato de determinación interpretado en este sentido impone exigencias elevadas. Se dirige tanto al legislador como a la justicia penal. Al primero se le exige promulgar leyes penales precisas y comprensibles. A la segunda se le prescribe aplicar únicamente tales leyes. No se exige pues una exactitud «absoluta». Sin embargo, es preciso que la formulación de las propias leyes ofrezca al ciudadano la posibilidad de conocer las facultades de intervención del Estado que de aquéllas resultan. Esta exigencia rige

⁹ En otro sentido, únicamente NICKEL, *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz «nullum crimen sine lege»*, 1972, págs. 172 y sigs.

¹⁰ Así, por ejemplo, HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed., 1990, págs. 251 y sig. [trad. española de la primer ed. alemana, MUÑOZ CONDE / ARROYO ZAPATEIRO, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984.]: «Debería leerse esta regla varias veces, aunque, como penalista, ya se sepa de memoria: cada una de sus palabras tiene importancia ...». Vid. también ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pág. 92, n. 31. que considera al principio como una regla de Derecho natural que rige en virtud de su evidencia; lo entiende así también JIMÉNEZ DE ASÚA, *ZStW*, 63, pág. 197: «Ciudadela inexpugnable, erigida para el bienestar de los hombres libres, piedra angular del Derecho penal liberal, en otras palabras, del Derecho del hombre civilizado».

¹¹ De forma parecida, JAKOBS, *AT*, § 4, Nm 28; KRAHL, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)*, 1986, págs. 411 y sigs.; KREY, *op. cit.*, Nm. 118; *el mismo*/WEBER-LINN, *op. cit.*, pág. 136, con ulteriores referencias; NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, págs. 6 y sigs.; *el mismo*, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, 1975, pág. 50; *el mismo*, *KritV*, 1990, pág. 253; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, págs. 6 y sigs.

¹² Ello no puede argumentarse aquí más extensamente, dado el espacio disponible. Cfr. KRAHL, *op. cit.*, págs. 10 y sigs., quien ha explicado detalladamente la necesidad de tal concepción.

¹³ Vid. al respecto, KRAHL, *op. cit.*, págs. 10 y sigs., 251 y sigs.

sin limitaciones en el ámbito relevante jurídico-penalmente¹⁴. El mandato de determinación, entendido en sentido estricto, reclama pues una rigurosa observancia tanto en las normas de la Parte Especial como en las de la Parte General del Derecho penal. Por consiguiente, es de aplicación no sólo en el tipo en sentido estricto, donde está descrito el comportamiento punible, sino también en los otros de niveles del sistema del delito, especialmente en el ámbito de las consecuencias del delito. También se exige observancia en aquellas regulaciones del Derecho procesal penal que «concretan materialmente la pretensión penal, conformándola directamente, o la definen de nuevo»¹⁵.

b) La falta de vigencia fáctica del mandato de determinación interpretado en este sentido es manifiesta.

aa) La falta de relevancia se refleja en primer lugar en la interpretación dominante de esta proposición jurídica que realiza la jurisprudencia¹⁶, así como buena parte de la ciencia jurídica organizada en la universidad¹⁷. De ella se deduce que los requisitos acabados de esbozar ya no son aceptados actualmente por la doctrina. En particular, se ha renunciado a la exigencia de que la propia ley que fundamenta la pena deba ser «determinada», es decir, que de la ley misma puedan inferirse los límites de la punibilidad. En su lugar, se considera admisible que el contenido de la ley penal sólo sea reconocible mediante la interpretación realizada por la jurisprudencia¹⁸. Es suficiente pues la «determinabilidad»¹⁹ o, dicho de otra forma, la «determinación interpretativa»²⁰ de la ley. Los requisitos que por esta vía se establecen dependen además de la clase de ley penal, cosa que supone una limitación adicional al mandato de determinación al estilo clásico. Se imponen menos requisitos a las normas pertenecientes a la Parte General del Derecho penal material que a las normas de la Parte Especial. Esto sucede especialmente en

¹⁴ KRAHL, *op. cit.*, págs. 56 y sigs.

¹⁵ KRAHL, *op. cit.*, págs. 68 y sigs. Por ejemplo, §§ 153 y sigs. StPO.

¹⁶ Sobre ello, KRAHL, *op. cit.*, págs. 104 y sigs.; resumidamente, págs. 258 y sigs.

¹⁷ Resulta ejemplar ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, 24.^a ed., 1991, § 1, Nm. 17 y sigs.

¹⁸ Así DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 46.^a ed., 1993, § 1, Nm. 5; RUDOLPHI en *SK*, vol 1, 6.^a ed., 1993, § 1, Nm. 12; ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 1, Nm. 20; de forma parecida, HASSEMER, *AK*, § 1, Nm. 28; BVerfGE 75, págs. 329, 340 y sigs.; 81, págs. 298, 309. Otras referencias sobre la jurisprudencia en KRAHL, *op. cit.*, págs. 261 y sigs.

¹⁹ KRAHL, *op. cit.*, pág. 269.

²⁰ Así, JAKOBS, *AT*, § 4, Nm. 14.

el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito²¹ y en los «correctivos reguladores del tipo» favorables al autor²². Además, la medida de la determinación exigible se hace depender de la «posibilidad de una descripción precisa del hecho»²³, así como de la «gravidad de la conminación penal»²⁴. Por último, la vigencia del mandato de determinación en el correspondiente ámbito procesal penal se cuestiona por completo²⁵.

bb) De todas formas, la actual práctica penal es quien proporciona la muestra más contundente de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación, interpretado consecuentemente con un Estado de Derecho liberal. De ella se desprende que el mandato de determinación no sufre únicamente una pérdida de aceptación en la teoría, sino que, de hecho, carece de efectividad.

Este déficit puede constatar, en primer lugar, observando al legislador. Hasta el momento, el mandato que se le dirige de dictar únicamente leyes precisas ha sido soberanamente ignorado. El actual panorama normativo penal lo demuestra claramente. Tanto del Código penal como del denominado Derecho penal accesorio pueden extraerse numerosas leyes imprecisas. Regulaciones, constantemente criticadas en este aspecto²⁶, como las del § 13 StGB²⁷, § 56.II StGB («defensa del ordenamiento jurídico»), § 212.II StGB («caso grave»), § 226a StGB («contrario a las buenas costumbres»), 240.II StGB («reprobabilidad»), § 266 StGB²⁸, § 302a StGB²⁹, § 153a StPO³⁰, constituyen

²¹ *Vid.*, simplemente, ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 1, Nm. 23, con ulteriores referencias; ROXIN, *AT*, vol. 1, 2.^a ed., 1994, § 5, Nm. 79, así como las referencias a la jurisprudencia en KRAHL, *op. cit.*, pág. 273.

²² Así, BVerfGE, 73, págs. 206, 238 y sig.; ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 1, Nm. 19.

²³ RUDOLPHI, *SK*, § 1, Nm. 13; ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 1, Nm. 21; BVerfGE, 75, págs. 329, 342.

²⁴ BVerfGE, 14, pág. 251; 26, pág. 42; BGH, *NJW*, 78, pág. 652; ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 1, Nm. 20; GRIBBOHM, *LK*, vol 1, 11.^a ed., 1992, § 1, Nm. 48.

²⁵ Referencias en KRAHL, *op. cit.*, págs. 68 y sigs.

²⁶ Sobre lo que sigue, *vid.* referencias en HASSEMER, *AK*, § 1, Nm. 27 y sig. así como RUDOLPHI, *SK*, § 1, Nm. 14. *Vid.* también otros ejemplos en SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, págs. 102 y sigs.

²⁷ Referencias en RUDOLPHI, *SK*, § 13, Nm. 3.

²⁸ *Vid.*, en especial, LABSCH, *Untreue* (§ 266 StGB). *Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*. 1983, págs. 177 y sigs.

²⁹ Crítico al respecto, NAUCKE, *Generalklauseln*, pág. 21.

³⁰ Crítico al respecto, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 23.^a ed., 1993, § 14, Nm. 14.

sólo la punta del iceberg. Además de estos supuestos, pueden encontrarse fácilmente otros ejemplos. A ellos pertenecen, entre otros, el § 330.II núm. 2 StGB («parte integrante del ecosistema de considerable importancia ecológica», «dificultades desproporcionadas») ³¹, los preceptos de la Ley sobre tráfico de estupefacientes (BtmG) que contienen la expresión «cantidad insignificante» ³² o el § 21 en conexión con el § 6 de la Ley sobre la difusión de escritos peligrosos para la juventud (GjS) ³³, que castiga ³⁴, entre otros, a quien se le acrediten relaciones no permitidas, en el sentido del § 21 GjS, con «escritos que sean manifiestamente adecuados para poner en grave peligro moral a niños o menores de edad» ³⁵.

Por último, la falta de vigencia fáctica ha de demostrarse igualmente en relación con los tribunales penales ³⁶. El mandato que se les dirige de aplicar únicamente «leyes penales determinadas» es desatendido también de forma manifiesta por los tribunales ³⁷. La práctica diaria permite advertirlo con facilidad: el reproche a una ley penal por vulnerar las exigencias establecidas por el mandato de determinación se ha formulado sólo raras veces hasta la fecha. El número de intentos judiciales para que, por vía del art. 100 GG, el BVerfG declare inconstitucional una ley imprecisa es ínfimo. En su lugar, se critica agresivamente la admisibilidad de «leyes penales indeterminadas», sobre todo en la jurisprudencia de los más altos tribunales ³⁸.

De todos modos, tal como se comprueba con una simple ojeada a la jurisprudencia del BVerfG ³⁹, una jurisprudencia penal más favorable apenas po-

dría haber tenido consecuencia alguna. En efecto, no debe pasarse por alto que, hasta ahora, el BVerfG no ha sido casi nunca capaz —a pesar de las numerosas oportunidades— de reconocer la existencia de una ley penal que vulnera el art. 103.II GG ⁴⁰. Incluso expresiones tan poco precisas como «el que provoque alboroto inusual o el que cometa desorden público» ⁴¹, «caso grave» ⁴², «reprobable» ⁴³, «grave peligro moral» ⁴⁴ o «cantidad (no) insignificante» ⁴⁵ han sido calificados por el BVerfG como suficientemente determinadas.

2. Sin embargo, no debe hablarse de una falta de vigencia fáctica del mandato de determinación sólo desde la perspectiva de una interpretación consecuente con un Estado de Derecho liberal. Ha de efectuarse la misma afirmación incluso si se sigue la interpretación mayoritaria en la jurisprudencia y la doctrina del art. 103.II GG y se concibe el mandato de determinación de manera mucho menos estricta ⁴⁶.

El mandato de determinación interpretado de esta forma no tiene mucho en común con la proposición jurídica apuntada inicialmente. Se caracteriza por una renuncia más o menos completa a los requisitos tradicionales. La exigencia que, según esta concepción, se deduce del art. 103.II GG ya ha sido esbozada ⁴⁷. Se agota en el mandato de castigar un hecho sólo cuando el ámbito del correspondiente tipo legal (en sentido estricto) pueda conocerse al menos con la ayuda de la interpretación judicial de la ley. De esta forma, el mandato de determinación ha quedado definido mediante una interpretación de la que sólo puede esperarse, incluso en el supuesto de una aplicación consecuente, un efecto práctico mínimo. No obstante, un mandato de determinación así entendido es oponible todavía a supuestos especialmente crasos de imprecisión legal.

Sin embargo, no se puede confiar ni siquiera en eso. La concepción am-

³¹ Referencias sobre las críticas en HORN, *SK*, vol. 2, 4.ª ed., § 330, Nm 19.

³² Ejemplos: §§ 29.V, 29a.I núm. 2, 30.I núm. 4 y 30a.I BtmG.

³³ Crítico al respecto, recientemente, GUSY, *JZ*, 1991, pág. 470 y sig.

³⁴ § 6 núm. 3 GjS.

³⁵ Podrían aportarse otros ejemplos con facilidad. Sin embargo, tal empresa no es posible ni necesaria en este lugar. Puede obtenerse sin dificultades información sobre el estado de cosas existente mediante un simple repaso del Código Penal, así como del Derecho penal accesorio.

³⁶ Cfr., al respecto, las referencias en KRAHL, *op. cit.*, págs. 168 y sigs., así como NAUCKE, *VerfStKlauseln*, pág. 16 y sigs.

³⁷ De forma palmaria, BGHSt 13, págs. 190, 191 y sig., respecto al art. VIII de la Ley de Gobierno Militar (*MilRegG*) en su antigua redacción. Según esta sentencia, una pena que permita cualquier pena legal excepto la de muerte sigue siendo suficientemente determinada.

³⁸ Muestras de ello en KRAHL, *op. cit.*, págs. 277 y sigs.

³⁹ Al respecto, KRAHL, *op. cit.*, págs. 108 y sigs.

⁴⁰ A ello se refiere también KREY, *op. cit.*, Nm. 119, pág. 124 y ROXIN, *AT*, § 5, Nm. 66.

⁴¹ BVerfGE 26, págs. 41 y sigs., respecto al antiguo § 360 núm. 11 StGB.

⁴² BVerfG *JR*, 1979, pág. 28, respecto al § 212.II StGB.

⁴³ BVerfGE 73, págs. 206, 238 y sig.

⁴⁴ BVerfGE 11, 234 y sigs., últimamente confirmada por BVerfG, *JZ*, 1991, págs. 465 y 467.

⁴⁵ Así BVerfG, *JZ*, 1994, pág. 859. Resulta significativo que no tenga lugar una constatación propiamente dicha del art. 103.II GG. La compatibilidad con el art. 103 II GG se afirma sólo de pasada.

⁴⁶ Sobre este modelo amplio de determinación *vid.* KRAHL, *op. cit.*, págs. 339 y sigs. y 348 y sigs.

⁴⁷ *Vid. supra* B. II. 1. b.

plia del mandato de determinación experimenta también en la actualidad un reconocimiento meramente teórico. Tal como se demuestra con una mirada a la práctica jurídico-penal, tanto el legislador como la jurisprudencia no se dejan impresionar tampoco por esa exigencia mínima. Aparentemente, les basta con que la ley penal sea, cuando menos, «manejable». Sólo así puede explicarse que se cometan, por parte del legislador, vulneraciones crasas y manifiestas del mandato de determinación, incluso en su interpretación amplia, sin que las mismas tengan consecuencia alguna.

El concepto «reprobabilidad» utilizado en el Código penal es sólo un ejemplo de ello. Dicho término ha sido considerado suficientemente preciso tanto por el legislador⁴⁸ como por la jurisprudencia⁴⁹, aun cuando carece de la necesaria «determinabilidad interpretativa», tal como pone en evidencia la reciente —y, en parte, sensiblemente distinta— jurisprudencia sobre el § 240.II StGB en relación con el «bloqueo de cuarteles». Cuándo ha de responderse afirmativamente al criterio de la reprobabilidad es algo que no puede deducirse de este precepto con la necesaria seguridad⁵⁰. La misma objeción es válida para la redacción, criticada desde hace décadas, del § 266 StGB. El hecho de que el «deber jurídico de cuidado de un patrimonio» hasta hoy no haya podido ser captado en forma de una definición general y sólo pueda aplicarse con ayuda de la reproducción de grupos de casos⁵¹ demuestra, de forma concluyente, la falta de «determinabilidad interpretativa» del tipo⁵². Lo mismo puede afirmarse de la fórmula «cantidad no insignificante» del nuevo § 29a.I.2 BtmG⁵³ y del

⁴⁸ Una muestra reciente: la proposición de ley del grupo parlamentario CDU/CSU sobre el §§ 218 y sigs. StGB. Según ésta, debe ser punible quien, por «interés personal reprobable, influya en una mujer embarazada para determinarla a la interrupción del embarazo y produzca de este modo la interrupción». Cfr. *Frankfurter Rundschau*, 19 enero 1994, pág. 1.

⁴⁹ BVerfGE 73, págs. 206, 238 y sig.

⁵⁰ Como lo demuestran las trabajosas explicaciones en DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 46.^a ed., 1993, § 240, Nm. 25 y sig.

⁵¹ Claramente apreciable en HÜBNER, *LK*, 10.^a ed., § 266, Nm. 35 y sigs., quien responde a la cuestión sobre los criterios de un «deber jurídico de cuidado de un patrimonio» con un «alfabeto jurisprudencial».

⁵² Ello se refleja en la imagen de desunión de la jurisprudencia. *Vid.*, al respecto, LABSCH, *op. cit.*, págs. 163 y sigs.

⁵³ La falta de determinación interpretativa está bien demostrada por HÜGEL/JÜNGE, *Deutsches Betäubungsmittelrecht*, 7.^a ed., 1993, § 29a, Nm. 4.3.2, pág. 191 y sig. Cfr. también —como muestra de las múltiples posibilidades de interpretación— la reciente sentencia del LG Lübeck, Az. 713 Js 5750/94 (extracto en *Frankfurter Rundschau*, 20 octubre 1994, pág. 12).

§ 31a.I BtmG⁵⁴. La fórmula ya mencionada del § 21 en conexión con el §6 GJS debe ser calificada igualmente como de poco «determinable». La argumentación en sentido contrario del BVerfG sobre esta redacción no sólo no puede ocultarlo⁵⁵ sino que, por el contrario, proyecta una luz reveladora sobre el trato realmente dispensado al mandato de determinación. En su sentencia, el BVerfG no tiene reparo en fundamentar la determinación de la fórmula utilizada en § 6 I GJS con ayuda de las —cuando menos igualmente— indeterminadas expresiones «inmoral» y «manifiestamente grave»⁵⁶.

III. Conclusión

Queda constatado pues que el mandato de determinación tan sólo sigue gozando de una alta consideración desde el punto de vista normativo. Por contra, en la actualidad no se advierte una vigencia fáctica digna de mención. Debe llegarse a esta conclusión tanto con respecto a un mandato de determinación consecuente con el Estado de Derecho liberal como con una interpretación menos estricta del mismo. No parece que, más allá del desacreditado «parágrafo del canalla»⁵⁷, el mandato de determinación esté hoy en día en condiciones de impedir nada⁵⁸. De acuerdo con las exigencias —propias de un Estado de Derecho liberal— del Derecho penal alemán, ésta es una situación insostenible.

⁵⁴ *Vid.*, al respecto, la correspondiente reconención del BVerfG, *JZ*, 1994, pág. 857.

⁵⁵ BVerfGE 11, págs. 237 y sig.

⁵⁶ En el pasaje más decisivo se dice: «La expresión utilizada en el § 6.I GJS “escritos, que ponen en peligro un menor de edad” se concreta en el § 1.I GJS: bajo esta expresión ha de entenderse, en especial, “escritos inmorales así como los que ensalcen delitos, la guerra y el odio racial”. Las palabras “manifiestamente grave” dejan además claro que no se incluyen casos límite, sino sólo escritos que pongan en peligro a los jóvenes de forma apreciable... Con ello, la literatura pornográfica y de pacotilla queda delimitada de forma suficientemente clara en las proporciones deseadas» (BVerfGE 11, págs. 237 y sig.).

⁵⁷ Que se encuentra, como ejemplo de precepto intimidatorio, en BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pág. 22: «Todo canalla será castigado ...» y halló su plasmación en el núm. 10 de la «Orden sobre la institución de Tribunales revolucionarios» en la República de los Consejos de Baviera de abril de 1919: «Toda infracción de los principios revolucionarios será castigada».

⁵⁸ Ya, en terminos parecidos, KOHLMANN, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (art. 103 Abs. 2 GG)*, 1969, pág. 156.

C. SOBRE LAS RAZONES DE LA FALTA DE VIGENCIA FÁCTICA

De una conclusión como la alcanzada surge la pregunta sobre las razones de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación. Por consiguiente, en este epígrafe se intentará elaborar al menos un inventario crítico de las causas más importantes⁵⁹.

I. «Nothing works»

En este contexto, debe tratarse en primer lugar la tesis de la «utopía de un Derecho penal preciso». Esta tesis sirve de base a la convicción de que el mandato de determinación prescinde de la vida real en muchos aspectos.

1. La mayoría de las veces ello se justifica⁶⁰ mediante una «imposibilidad técnica»⁶¹. Tras este argumento se encuentra el dato de que una formulación legal lingüísticamente unívoca y, por ende, una ley penal «absolutamente» determinada no son posibles a causa de la ambigüedad del lenguaje legal⁶².

No obstante, con esta constatación no se obtiene una explicación completa. Ciertamente, ha de admitirse que este dato obliga a renunciar a la utopía de un «Derecho penal unívoco». Ahora bien, con ello no puede explicarse por qué el legislador, en aquellos casos en los que sería posible una formulación precisa, no recurre a la misma⁶³. En definitiva, no puede «existir duda alguna respecto a que todo podría expresarse de forma mucho más precisa tan sólo con que así se quisiera»⁶⁴.

2. Asimismo, es demasiado fácil recurrir a una «renuncia del Parlamento»⁶⁵ y atribuir la inobservancia del mandato de determinación a que sus demandas son excesivas para el Parlamento.

a) En relación a esto, ha de suponerse que las personas responsables de la elaboración de leyes deberían estar en todo caso en condiciones de formular leyes precisas. Ciertamente, la redacción de un texto legal unívoco y

⁵⁹ El espacio del que se dispone no permite abordar una explicación suficiente. Ésta no puede conseguirse sin profundos análisis, en particular de carácter histórico.

⁶⁰ Referencias en KRAHL, *op. cit.*, pág. 303.

⁶¹ KRAHL, *op. cit.*, págs. 293 y sigs.

⁶² Vid. al respecto HASSEMER, AK, § 1, Nm. 30 y sigs., con ulteriores referencias.

⁶³ Cfr. los ejemplos mencionados *supra*.

⁶⁴ HASSEMER, AK, § 1, Nm. 18.

⁶⁵ HATTENHAUER, ZRP, 1978, pág. 85.

que, a la vez, satisfaga la *ratio legis* es una tarea complicada y, por ello, costosa. Esta labor requiere no sólo manejo, experiencia y toma en consideración de los conocimientos de la ciencia de la técnica legislativa. También han de emplearse recursos materiales y temporales. Pero parece precisamente que éste es cada vez el caso más inusual⁶⁶. Debe admitirse, pues, que el incremento de leyes imprecisas responde también —al menos en parte— a un problema de recursos.

Ahora bien, esta razón no es por sí sola causa forzosa de la inobservancia del mandato de determinación. A fin de cuentas, el legislador podría poner a disposición los recursos necesarios, sin gastar por ello en exceso. Sin embargo, resulta evidente que no se está dispuesto a ello, es decir, no se considera necesario.

b) Más plausible es, entonces, adoptar como punto de partida una renuncia política. Con ello se está haciendo referencia, por ejemplo, a que, dado el pluralismo valorativo, el legislador ya no está en condiciones de adoptar decisiones legislativas unívocas⁶⁷ y que, por este motivo, se contenta con proponer objetivos aproximados que la jurisprudencia debe concretar orientándolos al caso concreto. Bien porque, dada una orientación valorativa defectuosa, las personas concretas encomendadas de la tarea de legislar ya no pueden adoptar reflexivamente una decisión clara, o bien porque el gran número de opiniones no permite una valoración uniforme y, por consiguiente, fuerza un compromiso en forma de una ley imprecisa⁶⁸. Es éste un problema cuya importancia ha de subrayarse con respecto a aquellas leyes penales con cuya ayuda han de protegerse «bienes jurídicos no individualizables ni aprensibles en concreto»⁶⁹ (se habla también de «bienes jurídicos universales condensados»⁷⁰)⁷¹.

⁶⁶ Instructivo, SCHÜLER-SPRINGORUM, *op. cit.*, págs. 92 y sigs.

⁶⁷ Reclamadas por NAUCKE, *Generalklauseln*, pág. 13.

⁶⁸ Cfr. HASSEMER, *Einführung*, § 27, pág. 256.

⁶⁹ MÜLLER-DIETZ en SCHOLLER-PHILLIPS (ed.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, págs. 101 y sig.

⁷⁰ Sobre la problemática actual de los bienes jurídicos, *vid.* HASSEMER, AK, previo al § 1, Nm. 255 y sigs. Cfr. también la breve visión general crítica de los nuevos bienes jurídicos en LÜDDERSSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989, págs. 7 y sigs.

⁷¹ MÜLLER-DIETZ, *op. cit.*, pág. 101 y sig.: «La indeterminación del tipo se muestra en tales casos como el reverso del motivo legislativo. Ahí donde el bien jurídico —aunque, en general, sea detectable— se evapora en la generalidad social, desaparecen forzosamente también los límites del tipo».

A pesar de todo, una exigencia excesiva al Parlamento por parte del mandato de determinación tampoco explica estas dificultades. En primer lugar, presumiblemente, el legislador, por comodidad, huye demasiado deprisa hacia formulaciones imprecisas —probablemente consciente de que una ley imprecisa será aceptada por el BVerfG—. Además, puede darse por supuesto que la sanción de formas de comportamiento, sobre cuyo merecimiento de pena el legislador no pueda ponerse de acuerdo, no es necesariamente imprescindible ni obligatoria.

Estos problemas de técnica legislativa no son una demostración de lo excesivo de la demandas del mandato de determinación, sino, por el contrario, prueba de una legislación hipertrófica. Al legislador debe exigírsele, pues, que siga la sentencia de WITTGENSTEIN: «Sobre lo que no se puede hablar, debe guardarse silencio»⁷².

3. Tampoco es convincente el argumento de que un Código penal que renunciase a formulaciones imprecisas precisaría un número enorme de preceptos penales. No está claro por qué eso debería ser un inconveniente. El argumento habitual de que una ley de este tipo sería inmanejable⁷³ no resulta concluyente. Tanto la experiencia histórica⁷⁴ como la actual están en su contra: el manejo de un gran número de normas no es nada nuevo para los penalistas⁷⁵. Por otra parte, es de suponer que el aumento de preceptos penales conduce a una disminución de las obras de comentarios doctrinales, especialmente porque el aplicador de la norma está mucho menos necesitado de ejercer de legislador. Esta pérdida no debe ser subestimada⁷⁶.

4. El intento de explicar la inobservancia del mandato de determinación mediante una alusión a que sus exigencias son ajenas a la realidad debe, por tanto, rechazarse.

II. Amnesia: el mandato de determinación como problema de nota a pie de página

En la búsqueda de las razones de la falta de relevancia del mandato de determinación, no debe pasarse por alto un fenómeno. Se trata de la «argu-

⁷² *Tractatus logico-philosophicus*, 7.

⁷³ Cfr. KRAHL, *op. cit.*, págs. 320 y sigs.

⁷⁴ Piénsese en los penalista que conseguían arreglárselas con el Derecho Territorial General de los Estados prusianos de 1794.

⁷⁵ ¡No se olvide el denominado Derecho penal accesorio!

⁷⁶ KRAHL, *op. cit.*, pág. 321.

mentación por omisión»⁷⁷, habitualmente relacionada con dicho mandato. Podría decirse, cargando las tintas, que este planteamiento se habría ocupado de relegar al olvido el mandato de determinación.

La idea de ver en ello una razón de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación se basa en la observación de que esa omisión puede encontrarse en todas las profesiones jurídico-penales. No sólo el legislador y la jurisprudencia no tienen en consideración el mandato de determinación. Eso mismo puede decirse de grupos profesionales como los fiscales o los abogados. Naturalmente, existe un amplio abanico de razones que hacen que este comportamiento parezca más o menos comprensible y, por ello, premeditado⁷⁸. No obstante, debe tenerse también en cuenta que, en la práctica jurídica, un uso inconsciente se mantiene si se basa en la formación del jurista. Precisamente en este punto se ejercita la «argumentación por omisión». Lo demuestran, en primer lugar, aquellos manuales de Derecho penal que no abordan el mandato de determinación o lo hacen de manera esquemática⁷⁹ y lo ponen en relación con una norma concreta sólo ocasionalmente⁸⁰. A favor de ello se encuentra también el tratamiento dado al mandato de determinación actualmente por las dos instituciones educativas, la universidad y el *repetitorium*⁸¹. En ellas, el mandato habitualmente es tratado sólo de forma muy abstracta. Por otra parte, en la elaboración de casos no desempeña papel alguno⁸², ya que parece existir un «pacto de silencio» entre el redactor de casos y el corrector para pasar por alto, en principio, la cuestión del mandato de determinación⁸³. A pesar de su relevancia, en la resolución de casos no se solicita una consideración sobre los pro-

⁷⁷ Sobre esta figura argumentativa, HASSEMER, *Einführung*, pág. 271.

⁷⁸ Sobre ello, *vid. infra*.

⁷⁹ *Vid.*, por ej., WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 24 ed., 1994, § 2, Nm. 47.

⁸⁰ Ejemplo: a pesar de las importantes críticas a la determinación del § 266, el problema es, en general, obviado. *Vid.*, simplemente, KREY, *Strafrecht, Besonderer Teil, Studienbuch*, vol. 2, 9.ª ed., 1992, § 16.

⁸¹ Mencionado por NAUCKE, *JuS*, 1989, págs. 863, 865.

⁸² Ello se advierte muy claramente en los exámenes publicados en las revistas formativas.

⁸³ Por ese motivo no se puede efectuar, en última instancia, ningún reproche a aquellos manuales que sólo dedican unas pocas líneas al mandato de determinación. Obsérvese que esos manuales son utilizados, básicamente, para la preparación de los ejercicios y exámenes, por lo que tal forma de proceder, vista la situación actual de la formación, parece ser, simplemente, consecuente.

blemas resultantes del art. 103.II GG y § 1 StGB y ésta tampoco es efectuada por los estudiantes. Por más que la doctrina formule múltiples objeciones contra la indeterminación de ciertos tipos penales, éstas se ignoran soberanamente o, a lo sumo, se mencionan brevemente en las notas a pie de página⁸⁴.

III. «Necesidad de vaguedad»

El intento de explicar la inobservancia del mandato de determinación haciendo sólo referencia a una «amnesia» es, sin duda, insuficiente. En realidad las razones radican no tanto en una falta de «capacidad» y de «pérdida de memoria» como en una «necesidad de vaguedad»⁸⁵.

1. En cualquier caso, esta necesidad sólo puede fundamentarse, trabajosamente, mediante el planteamiento, frecuentemente mencionado, de la «justicia del caso concreto»⁸⁶.

En este sentido, debe admitirse que, de hecho, una regulación demasiado rígida puede prescribir que no se castigue un comportamiento merecedor de pena, o bien que se castigue un comportamiento no merecedor de pena⁸⁷. Sin embargo, no debe olvidarse que, indudablemente, la justicia del caso concreto también puede conseguirse en la actualidad con ayuda de leyes precisas. Ello es tan sólo complicado y exige tiempo. A este respecto, dejando de lado que tanto la metodología⁸⁸ como el Código penal ofrecen también numerosas posibilidades para evitar la sanción de un comportamiento que se estime no merecedor de pena⁸⁹, debe recordarse que, además, está a disposición de cualquier tribunal, basándose en el art. 100 GG, someter a exa-

⁸⁴ Una forma de proceder que, incluso en los trabajos prácticos, casi siempre es observada consecuentemente. En cualquier caso, ello parece razonable hoy en día: la omisión de los problemas de legalidad no comporta apenas riesgos en la calificación, cosa que, por el contrario, no está garantizada en absoluto en el supuesto de analizarse tales problemas.

⁸⁵ HASSEMER, AK, § 1, Nm 17 y sig.

⁸⁶ Cfr. ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 1, Nm. 20 y 23; HASSEMER, AK, § 1, Nm. 17 y sig.; JESCHECK, AT, § 15 I 2. Sobre el significado de esta expresión en la jurisprudencia. *vid.* KRAHL, *op. cit.*, págs. 279 y sigs., 329 y sigs.

⁸⁷ Sobre esta última «obligación», cfr. § 244, en su antigua redacción. Sobre ello, MAURACH, JZ, 1962, págs., 380 y sigs.

⁸⁸ Palabras clave: «Interpretación conforme a la Constitución» y «Reducción teleológica».

⁸⁹ Sobre ello, cfr. NAUCKE, *Jura*, 1979, págs. 426 y sigs.

men del BVerfG una norma que conduzca a resultados injustos. Únicamente en el caso opuesto, el tribunal tiene cerradas todas las «escapatorias». En efecto, una ley precisa no permite, a pesar de la estimación de merecimiento de pena que efectúe el tribunal, condenar al ciudadano acusado. Ahora bien, si el legislador competente (!) para el establecimiento de la punibilidad de un comportamiento comparte la interpretación del tribunal, es libre de llevar a efecto la correspondiente reforma legislativa. En tal caso, la modificación se realiza, como demuestra la experiencia, con relativa rapidez⁹⁰. Ciertamente, es posible que, hasta ese momento, muchos ciudadanos se comporten todavía de forma merecedora de pena, mas no punible. Sencillamente, este es el precio que está dispuesto a pagar de buen grado un Derecho penal propio de un Estado de Derecho liberal⁹¹.

Últimamente se ha tenido que relativizar sustancialmente el argumento de la «justicia del caso concreto». No se trata de «justicia del caso concreto» como tal sino de la inmediata y sencilla aplicación de la idea de merecimiento de pena.

2. El aspecto decisivo de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación es el propósito de poder tener en cuenta «el cambio de las relaciones»⁹². Este objetivo no puede conseguirse sin leyes imprecisas. Solamente éstas ofrecen la garantía «de poder reaccionar inmediatamente ante nuevas formas de aparición del comportamiento punible sin tener que esperar al laborioso y lento proceso legislativo democrático»⁹³.

⁹⁰ Cfr. RGSt, 29, pág. 111; 32, pág. 165 («sustracción de energía eléctrica») así como RGSt 68, pág. 65 («obtención fraudulenta de la prestación de un aparato automático») y la reacción del legislador: § 248c y § 265a StGB.

⁹¹ Así ya v. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, vol. 1, 1906, pág. 11. De forma parecida, JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pág. 182 y sig.: «Ni siquiera la objeción de que bajo el imperio de la ley quedan impunes sujetos realmente reprobables es capaz de conmover nuestras convicciones liberales».

⁹² *Vid.*, por ejemplo, HASSEMER, AK, § 1, Nm. 19: «El legislador no debe utilizar fórmulas excesivamente precisas, sino que debe dejar suficiente margen decisorio a la aplicación del Derecho y permitir así que se pueda hacer justicia en el caso concreto y se pueda desarrollar ulteriormente la voluntad de la ley de acuerdo con los tiempos. El legislador no puede prever todos supuestos ni las particularidades de los casos que deben ser juzgados por su ley; así pues, debe mantener suficiente espacio de maniobra para la decisión judicial». Referencias jurisprudenciales en KRAHL, *op. cit.*, págs. 266 y sigs., 279 y sigs. y 304 y sigs.

⁹³ KRAHL, *op. cit.*, pág. 307.

Tras esta pretensión de actualidad se encontrarían otros aspectos. En primer lugar, ha de mencionarse la idea de conseguir una mayor economía procesal mediante la eliminación del legislador. Además, debe aludirse al temor —antiliberal— a no poder sancionar inmediatamente un comportamiento merecedor de serlo. Por otra parte, la progresiva instrumentalización del Derecho penal y la tendencia a la desformalización que aquella comporta⁹⁴ requieren la inobservancia del mandato de determinación⁹⁵. En especial, ello es constatable con relación al legislador del siglo XX. Su propensión a emplear el Derecho penal para la solución de los conflictos y problemas políticos internos actuales es enorme. El legislador cree que el Derecho penal es un «superinstrumento de la política social y económica»⁹⁶, así como «el medio más prometedoramente exitoso contra la grave erosión o pérdida de funciones de la moral social e individual»⁹⁷ o, dicho brevemente, un medio más de la política⁹⁸. Puesto que la utilización instrumental del Derecho penal parece prometer éxito solamente cuando con él se quiere actuar de forma rápida y poco complicada, la consecuencia de esta concepción es que se propugne evitar redacciones legales precisas que se opongan a un manejo instrumental.

3. En este punto, no debe quedar sin mención la tendencia, nacida de un interés preventivo unilateral, a una anticipación de la protección⁹⁹. Esta tendencia se basa en la esperanza de poder evitar un comportamiento potencialmente lesivo ya en su estadio previo. Al respecto, se especula con que,

⁹⁴ Sobre ello, HASSEMER, AK, previo al § 1, Nm 487 y sigs., con ulteriores referencias.

⁹⁵ HASSEMER, AK, previo al § 1, Nm. 490 y sigs., con ulteriores referencias; en términos parecidos, KRAHL, *op. cit.*, págs. 309 y sigs.

⁹⁶ NAUCKE, *Tendenzen*, pág. 13.

⁹⁷ MÜLLER-DIETZ, *op. cit.*, pág. 97, con ulteriores referencias. Al respecto, cfr. también KELKER, *KritV*, 1993, págs. 289 y sigs. (sobre «la situación de las personas prostituidas en Derecho penal»).

⁹⁸ Sobre esta evolución, *vid.*, en especial, ALBRECHT, *KritV*, 1988, págs. 182 y sigs.; HASSEMER, AK, previo al § 1, Nm. 480 y sigs., con ulteriores referencias; *el mismo*, ZRP, 1992, págs. 378 y sigs.; F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991; MÜLLER-DIETZ, *op. cit.*, págs. 95 y sigs.; NAUCKE, *Tendenzen*; *el mismo*, *KritV*, 1986, págs. 189 y sigs.; *el mismo* en HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, págs. 15 y sigs.; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, págs. 236 y sigs.

⁹⁹ Cfr. JAKOBS, ZStW, 97, págs. 751 y sigs.; fenómeno bien visible por medio de la evolución de los delitos de peligro (sobre ello, HERZOG, *op. cit.*) así como de los delitos contra la convivencia [*Klimadelikte*] (*vid.*, al respecto, MÜLLER-DIETZ, *op. cit.*).

a través de la anticipación de la punibilidad, no sólo aumenta el efecto disuasorio, sino que también se amplían las facultades de intervención del proceso penal, al ser aplicables a un momento temporal anterior. Con ello se apuesta por un efecto que también puede alcanzarse con ayuda de leyes imprecisas. Si el ámbito de aplicación de una norma es confuso y el ciudadano quiere evitar el riesgo de ser penado, por precaución no tendrá más remedio que omitir todos los comportamientos que posiblemente podrían subsumirse a la ley penal imprecisa¹⁰⁰. La falta de exactitud de la descripción típica incrementa además el peligro de convertirse en víctimas de una medida procesal penal¹⁰¹. Todo esto podría constituir también una de las razones de la «necesidad de vaguedad».

4. Además, ha de recordarse que el Derecho penal no escapa al destino de otros instrumentos políticos: en su empleo, siempre se mira de soslayo a la clientela de *lobbies* y electores¹⁰². Este factor hace también atractiva para el legislador la inobservancia del mandato de determinación.

a) En este sentido, hay que tener en consideración que la responsabilidad por los efectos producidos por la aplicación de una ley penal sólo puede ser asignada de forma inequívoca cuando el ámbito de aplicación de la ley ha sido regulado mediante premisas claras, es decir, a través de una formulación exacta de la ley. Éste no es necesariamente el caso en los supuestos de regulaciones indeterminadas. Dado que tales normas no delimitan nítidamen-

¹⁰⁰ Cfr. KRAHL, *op. cit.*, pág. 3; MÜLLER-DIETZ, *op. cit.*, pág. 102: «Antes bien, el Derecho penal de los «delitos contra la convivencia» —...— parece producir efecto a través de sumergir determinados sectores y formas de exteriorización del discurso público en el crepúsculo de la —como mínimo, posible o imaginable— peligrosidad social y declararlos por ello penalmente peligrosos».

¹⁰¹ MÜLLER-DIETZ, *op. cit.*, 102, con ulteriores referencias en la n. 24: «El carácter disuasivo consiste pues ... realmente no tanto en el mayor o menor grado de probabilidad de condena a una pena criminal, sino, más bien, en el riesgo para el editor o publicista de ser objeto de unas diligencias indagatorias así como de medidas coactivas estatales — como, por ejemplo, el secuestro—. Ello constituye el auténtico efecto potencial de los tipos, cuyo cinismo —tan poco meditado como involuntario— en relación con el Estado de Derecho se fundamenta en que dicho efecto no puede depender de una descripción lo más exacta posible del comportamiento prohibido porque, de todos modos, la correspondiente conminación penal no se realiza por completo ... El dedo acusador —y no la mano redactora— ha de ser el ejemplo a seguir».

¹⁰² Instructivo al respecto, SCHÜLER-SPRINGORUM, *op. cit.*, págs. 49 y sigs., así como STRANGL, *Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Österreich 1954-1975*, 1985, págs. 20 y sigs. Cfr. también KRAHL, *op. cit.*, pág. 308 y sigs.

te su ámbito de aplicación, éste se establece mediante la interpretación de la jurisprudencia. Ya no puede tratarse, pues, de un caso de responsabilidad exclusiva del legislador por el alcance regulador de la norma. La responsabilidad política por la norma está repartida —dependiendo del grado de indeterminación— y, por consiguiente, queda «difusa»¹⁰³.

b) La estricta orientación actual hacia los deseos e intereses de las clientelas electorales y de los *lobbies* encierra todavía un peligro adicional. Con ella se induce a que el legislador plasme acriticamente los deseos legislativos que le son formulados. También por este motivo, el legislador se aventura abiertamente en ámbitos donde la cuestión del merecimiento de pena apenas puede responderse aún y, por consiguiente, una formulación precisa es imposible¹⁰⁴.

5. El objetivo de posibilitar a través de leyes imprecisas una colaboración con la jurisprudencia y la doctrina parece cumplir un papel más allá de tal «necesidad». Así, por ejemplo, cuando se confía en que, si el contenido de leyes imprecisas se completa mediante la jurisprudencia, auxiliada por la ciencia penal, se conseguirá una calidad mayor que mediante una decisión legislativa autónoma¹⁰⁵. Probablemente se vaya en la misma dirección cuando se recurre a «la desorientación del legislador» como explicación de las leyes imprecisas¹⁰⁶.

III. Libertad y poder

Con respecto a la jurisprudencia penal (así como la doctrina) deben analizarse dos motivos adicionales. Su disposición a compartir la inobservancia legislativa del mandato de determinación y a manifestarla podría explicarse, al menos en parte, como una expresión de resignación (comprensible a la vista de la jurisprudencia del BVerfG, así como de la actuación del legislador)¹⁰⁷. Junto a ello —y abstracción hecha de la necesaria autoconsciencia de poder hacer las veces de cuasi legislador¹⁰⁸—, podría desempeñar un papel

¹⁰³ JAKOBS, AT, § 4, Nm 15.

¹⁰⁴ Por ejemplo, el Derecho penal del medio ambiente. Sobre las consecuencias, *vid. supra* C.I.2.

¹⁰⁵ Al respecto, resulta ejemplar la fundamentación de la redacción del § 23 III StGB —citado por GRÜNDWALD, ZStW, 76, pág. 9—.

¹⁰⁶ JAKOBS, AT, § 4, Nm 15, que indica además un temor legislativo a interrumpir controversias científicas.

¹⁰⁷ En términos similares, NAUCKE, *Tendenzen*, págs. 51 y sigs.

¹⁰⁸ NAUCKE, *Strafrecht*, pág. 84; *el mismo*, Jus, 1989, pág. 866.

esencial el incremento de libertad científica¹⁰⁹ y de poder¹¹⁰ que comporta esta situación. Cuanto menos capaz se considere al legislador de elaborar una legislación de contenido razonable, más vivamente se saludará el incremento de libertad interpretativa¹¹¹.

IV. Desvalorización

El punto de partida de la siguiente reflexión es la constatación de que el mandato de determinación se ha convertido en una nueva víctima de la «mecánica de la ponderación». El mandato ya no se entiende como un principio (*Prinzip*), que reclama una vigencia absoluta, sino tan sólo como postulado (*Grundsatz*), que es limitable mediante otras consideraciones. Ello se evidencia en el hecho de que las razones más importantes a favor de una efectiva aplicación del mandato —aseguramiento de la libertad y división de poderes («funciones de salvaguarda»)¹¹²— no son cuestionadas en lo esencial¹¹³, sino que son relativizadas en beneficio de otros puntos de vista¹¹⁴. Este dato guarda relación con la sospecha de que el mandato de determinación se ha convertido en la víctima de dos evoluciones, complementarias pero distinguibles. Así, la inobservancia del mandato no puede explicarse simplemente con una referen-

¹⁰⁹ Cfr. NAUCKE, *JuS*, 1989, pág. 866. A propósito de esto, es oportuna la constatación de Max WEBER, en WINCKELMANN, *Rechtssoziologie*, 1960, pág. 183 y sig.: «Los juristas académicos sienten peligrar su importancia, así como las perspectivas de libertad de movimientos del pensamiento científico, por el constante aumento del Derecho legal escrito y, particularmente, de las codificaciones sistemáticas».

¹¹⁰ HATTENHAUER, *ZRP*, 1978, pág. 84: «Los propios jueces están satisfechos en general, se jactan en silencio de la nueva incorporación al arsenal simbólico del estatus judicial y contemplan, ufanos, el rápido incremento de su poder».

¹¹¹ Mencionado por NAUCKE, *Engisch-FS*, 1969, págs. 280 y sigs. Al respecto, cfr. también Franz NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft in Demokratischer und autoritärer Staat*, 1967, pág. 39: «La escuela del Derecho libre propugnaba antes de 1918 el libre arbitrio del juez para imponer ideas progresistas en un sistema jurídico reaccionario. Pero MAX WEBER ya lo advirtió en 1911: "Por lo demás, no es seguro que la clase hoy privilegiada negativamente, especialmente el proletariado, haya de esperar, para sus intereses, de una Administración de justicia informal lo que la ideología de los juristas supone"».

¹¹² Cfr., al respecto, KRAHL, *op. cit.*, págs. 10 y sigs. En términos parecidos, SCHMIDT-ASSMAN, *op. cit.*, Nm. 179 y sigs.

¹¹³ Sobre el correspondiente consenso, *vid. referencias* en KRAHL, *op. cit.*, págs. 104 y sigs., 277 y sigs.; ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 1, Nm. 17.

¹¹⁴ Referencias en KRAHL, *op. cit.*, págs. 277 y sigs.

cia a las ventajas —reales o imaginarias— que la misma comporta. Antes bien, el declive del mandato de determinación sólo se comprende plenamente en el contexto de una pérdida de valor de este principio. Esta situación ha permitido que el canto de sirenas en el que se loaban las ventajas de un mandato de determinación ineficaz consiguiera la audiencia necesaria.

1. Esta desvalorización se debería, en primer lugar, a una crisis de la «idea de la codificación». Se refleja en numerosas opiniones en las que —bajo invocación de los más recientes conocimientos de la Teoría del Derecho¹¹⁵— se considera despreciable la capacidad de prestación de las leyes¹¹⁶. Según ello, la prometida vinculación del juez al contenido de la ley, así como a su tenor, no puede ser garantizada por una formulación legal, por buena que sea. Por este motivo, el legislador tampoco puede ser calificado garante de la «seguridad jurídica»¹¹⁷.

Una acusación de este tipo debe afectar también al mandato de determinación. En la medida que la fe en la principal capacidad de prestación de una codificación disminuye, también debe verse reducida la estima del mandato de determinación que se edifica sobre ella.

2. Una de las principales causas del trato que actualmente se ofrece al mandato de determinación puede describirse finalmente con la expresión «declive de valores». En el campo del Derecho penal se refleja en la creciente limitación de los principios y postulados del Estado de Derecho liberal, con cuyo auxilio los ciudadanos han de ser protegidos del empleo sin trabas del instrumento de poder denominado «Derecho

¹¹⁵ Sobre ello, cfr. simplemente HASSEMER, en KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6.^a ed., 1994, págs. 248 y sigs. [trad. española de la 5.^a ed. alemana: Gregorio ROBLES (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, págs. 199 y sigs.]; KRAHL, *op. cit.*, págs. 351 y sigs.; SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, 1976, págs. 220 y sigs.

¹¹⁶ Crítico al respecto, KRAHL, *op. cit.*, págs. 360 y sigs., con ulteriores referencias.

¹¹⁷ En este sentido, probablemente Arthur KAUFMANN, *Larenz-FS*, 1973, pág. 39 y sig.: «Ningún postulado jurídico se propugna hoy con tanto énfasis como el de la seguridad jurídica. El positivismo cree poderlo vincular a la ley —y solo a la ley—. Entretanto, debería haberse aclarado cuán lejos hemos llegado realmente sobre las muletas de la ley. Casi nunca imperó tanta inseguridad jurídica como en la actualidad. Pero el verdadero motivo de la inseguridad jurídica existente no es que tengamos leyes poco buenas o demasiado malas. Padecemos la inseguridad jurídica porque son demasiado pocos los hombres que cumplen perseverantemente el Derecho y resisten tenazmente la ilicitud».

penal»¹¹⁸. A este respecto, la inobservancia del mandato de determinación es tan sólo un ejemplo de una amplia evolución, que se caracteriza por una ignorancia de los valores de los principios y postulados del Estado de Derecho liberal¹¹⁹.

Los motivos de esta «decadencia de valores» no son fáciles de averiguar¹²⁰. No obstante, parece que se ha ido «perdiendo la conciencia del valor que posee la vinculación a una regulación codificada pormenorizada»¹²¹. De ello sería responsable, en primer lugar, una modificación en la concepción del Estado. El temor a un «despotismo» estatal, a un abuso del poder del Estado, parece subsistir sólo en muy pequeña medida. En su lugar, predomina una concepción positiva que confía en el Estado. Un punto de vista que, por sí solo, debería reducir «la necesidad de limitación del poder a través de la formalización jurídica»^{122, 123}.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, en cierto sentido, la concepción positiva del Estado ha conducido también a una modificación de la «imagen del delito». Ahora sólo se considera delincuente potencial al «otro». Un amplio segmento de la sociedad no se ve a sí mismo en peligro de caer en los molinos de la justicia penal. Antes bien, un peligro de esta clase se encuentra fuera de su representación del mundo actual¹²⁴. La importancia de este aspecto para los principios jurídico-penales del Estado de Derecho

¹¹⁸ TÖNNIES, *ZRP*, 1990, pág. 283, habla de una «aparición postmoderna, una despedida no sólo de la idea de Estado de Derecho, con su insistencia en la vigencia de la ley, sino de absolutamente todas las máximas, de una flexibilización y dinamización de la aplicación del Derecho en favor de un discurrir del proceso sin impedimentos». Las leyes de reforma penal más recientes confirman esta tendencia sobradamente.

¹¹⁹ Cfr. NAUCKE, *KritV*, 1990, págs. 244 y sigs.

¹²⁰ En lo que sigue, por tanto, tan sólo algunos apuntes.

¹²¹ TÖNNIES, *ZRP*, 1990, pág. 293.

¹²² TÖNNIES, *ZRP*, 1990, pág. 295.

¹²³ A diferencia de los tiempos de la Ilustración. *Vid.*, por ejemplo, Hume: «Una autoridad irregular, que no esté vinculada a la ley, es siempre más peligrosa que una autoridad mucho mayor, que proceda de la ley ... Así, las leyes deben utilizarse como remedio contra los excesos» —citado por BRAND/HATTENHAUER (ed.), *Der Europäische Rechtsstaat*, 1994, pág. 69 y sig.

¹²⁴ Ello es especialmente válido para quienes son responsables del trato actualmente dado al mandato de determinación, es decir, los juristas así como los políticos. Claramente TÖNNIES, *op. cit.*, pág. 295: «La actual generación de juristas tiene una sensibilidad mínima hacia la necesidad de leyes formalizadas ... Este grupo conoce al Estado como algo asistencial, como Estado Social y, como tal, más como una carga que como un peligro».

liberal afectados por el declive de valores no debe subestimarse. Como enseña la experiencia, el peligro de una «autoafectación» (*Selbsetroffenheit*) ha sido siempre una de las fuerzas motrices del establecimiento y mantenimiento de mecanismos de protección¹²⁵. Si ya no se contempla este peligro, su utilidad se hace cada vez menos evidente. Los mecanismos de protección tan sólo pueden mantenerse entonces con enormes esfuerzos.

Si a ello se le agrega que la mayoría de los ciudadanos, en la actualidad, ya no tiene ningún miedo al Estado y, en cambio, tiene una intensa «necesidad de seguridad»¹²⁶, se comprenderá plenamente por qué, mientras tanto, los principios jurídico-penales del Estado de Derecho liberal sólo disfrutaban de una estimación mínima. En definitiva, se considera que estos principios son el obstáculo que se interpone en el camino de una «lucha contra el delito» efectiva y la construcción de la seguridad con ayuda del Derecho penal¹²⁷.

Debe añadirse que las trascendentales consecuencias de la aplicación del Derecho penal para el responsable de un delito parece que, hoy en día, apenas son tenidas en cuenta o, en cualquier caso, se les otorga un valor mínimo. Las constantes referencia al «Derecho penal humano» actual son, para este punto de vista, un indicio inequívoco. El potencial delincuente aparece, pues, menos necesitado de protección en nuestros días que en tiempos precedentes. Esta apreciación errónea y ampliamente difundida¹²⁸, fomenta también la opinión según la cual un Derecho penal formalizado resulta más molesto que beneficioso.

«El idilio quizá acabe cuando la misma honradez se convierta en víctima»¹²⁹.

¹²⁵ Para los «hombres de la Ilustración» que integraban la clase dirigente, tal afirmación es válida sólo en cierta medida. Éstos, basándose en su posición social y la consiguiente posibilidad de un exilio, no debían preocuparse excesivamente. No obstante, además de ellos, no deben ser olvidados los miembros menos conocidos del movimiento de la Ilustración. *Vid.*, al respecto, PORTER, *Kleine Geschichte der Aufklärung*, 1991, págs. 56 y sigs., con ulteriores referencias.

¹²⁶ *Vid.*, simplemente, F.X. KAUFMANN en Bayerische Rückversicherung AG (ed.), *Gesellschaft und Unsicherheit*, 1987, pág. 37 y sigs. así como HERZOG, *op. cit.*, págs. 50 y sigs.

¹²⁷ Sobre la importancia de la aspiración a la efectividad cfr. NAUCKE, *KritV*, 1990, págs. 253 y sigs.

¹²⁸ Naturalmente no pueden existir dudas respecto a si el Derecho penal, en tanto que forma de punición, ha experimentado una atenuación. Sin embargo, no se trata de un sistema sancionador «humano». La configuración de la ejecución de la pena así como la —creciente— intensidad de la pena, en especial en el campo de la pena privativa de libertad, son argumentos en su contra.

¹²⁹ CLASS, *Eb. Schmidt-FS*, 1961, pág. 131.

III EL RECRUDECIMIENTO

LA INSOSTENIBLE SITUACIÓN
DEL DERECHO PENAL