

HOMENAJE AL PROFESOR
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

LIBER AMICORUM
DERECHOS HUMANOS
Y DERECHO PENAL

TOMO II



AQUILA FUENTE
A



Ediciones Universidad
Salamanca

HOMENAJE AL PROFESOR
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE



Fotografía de juventud de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre tomada en un encuentro de la Selección Española de Rugby.

HOMENAJE AL PROFESOR
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

LIBER AMICORUM
DERECHOS HUMANOS
Y DERECHO PENAL

TOMO II

EDITORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ
EDUARDO DEMETRIO CRESPO
ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA
MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ
LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
NIEVES SANZ MULAS

Ediciones Universidad
Salamanca

AQUILAFUENTE, 335

©

Ediciones Universidad de Salamanca
y los autores

1ª edición: septiembre, 2022
ISBN (O.C.): 978-84-1311-718-8 / Depósito legal: S 347-2022
ISBN (Tomo I): 978-84-1311-717-1
ISBN PDF (Tomo I): 978-84-1311-812-3
ISBN (Tomo II): 978-84-1311-716-4
ISBN PDF (Tomo II): 978-84-1311-813-0

Ediciones Universidad de Salamanca
Plaza San Benito s/n
E-37002 Salamanca (España)
<http://www.eusal.es>
eusal@usal.es

Maquetación: Intergraf

Impresión y encuadernación: Nueva Graficesa

Estuche: Centro Especial de Empleo INSOLAMIS

Hecho en UE-Made in EU

*Todos los derechos reservados.
Ni la totalidad ni parte de este libro
puede reproducirse ni transmitirse sin permiso escrito de
Ediciones Universidad de Salamanca.*

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE
Unión de Editoriales Universitarias Españolas
www.une.es



LIBRO homenaje Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre / directores-
editores, Juan Carlos Ferré Olivé [y otros 6].— 1ª edición: septiembre, 2022.
— Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca, [2022]

2 volúmenes.—(Aquilafuente ; 335)

Contiene: Tomo I. Liber discipulorum schola iuris criminalis Salmanticensis
— Tomo II. Liber amicorum derechos humanos y derecho penal
Artículos en español y uno en portugués

DL S 347-2022.— ISBN 978-84-1311-718-8 (o.c.).— ISBN 978-84-1311-717-1
(Tomo I).—ISBN 978-84-1311-716-4 (Tomo II)

1. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio-Discursos, ensayos, conferencias.
2. Derecho penal-Discursos, ensayos, conferencias. I. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, homenajeado. II. Ferré Olivé, Juan Carlos, editor.
343:082.2 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio

Índice

LAUDATIO

ARROYO ZAPATERO, Luis: <i>Memoria de una amistad entre el estudio y el delito</i>	17
---	----

PRESENTACIÓN

GARCÍA ARÁN, Mercedes: <i>El pensamiento crítico, ayer y hoy</i>	31
--	----

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL / PARTE GENERAL

ARÓSTEGUI MORENO, JOSÉ: <i>La jurisprudencia en la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado</i>	37
BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio: <i>Responsabilidad penal de las personas jurídicas: breve referencia a la jurisprudencia menor</i>	49
BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: <i>Los distintos concursos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i>	57
CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: <i>Democracia y teoría del delito</i>	73
CUAREZMA TERÁN, Sergio J. y CUAREZMA ZAPATA, Diego: <i>La justicia penal de adolescente en Centroamérica</i>	85
CUERDA ARNAU, María Luisa: <i>El origen de la doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español</i> .	99
DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: <i>Derechos humanos y prisión</i>	113
DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: <i>Un derecho a la espera de mayor reconocimiento y desarrollo: el derecho de participación de las víctimas del terrorismo</i>	127

DE VICENTE REMESAL, Javier: <i>La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa: un criterio paralelo contrapuesto para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto</i>	137
DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola: <i>La interpretación de la norma penal como parte del derecho: análisis bajo una perspectiva del dogma dúctil</i>	145
FARALDO CABANA, Patricia: <i>Los objetivos del reconocimiento mutuo de las medidas alternativas a la prisión provisional en casos de violencia de género.....</i>	159
FOFFANI, Luigi: <i>Un nuevo puente entre Europa y América Latina: Responsabilidad de las personas jurídicas y compliance</i>	171
GARCÍA RIVAS, Nicolás: <i>Reflexiones sobre el protagonismo de la víctima como signo privatizador del Derecho penal.....</i>	183
GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria: <i>El sujeto liberal del sistema penal y los derechos de los grupos subordinados.....</i>	199
GONZÁLEZ RUS, Juan José: <i>¿Nuevos retos para el Derecho Penal?</i>	209
GUISASOLA LERMA, Cristina: <i>Avances normativos en la protección de las víctimas de trata de seres humanos, a la luz de los estándares europeos</i>	215
LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: <i>Sentido e individualización de la pena en el estado democrático del derecho brasileño.....</i>	227
LUZÓN PEÑA, Diego-M.: <i>Derecho y deber de detención como causas de justificación</i>	243
MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: <i>La pena y su ejecución en Dorado Montero</i>	255
MIRANDA RODRIGUES, Anabela: <i>O Último Cocktail – Criminalidade Económico-Financeira, Responsabilidade Penal Empresarial, Compliance e Inteligência Artificial</i>	271
MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, Daniel: <i>Circunstancia atenuante de análoga significación y trastorno del juego</i>	285

PALOMO DEL ARCO, Andrés: <i>La aritmética y el código penal</i>	293
PASCUAL MATELLÁN, Laura: <i>¿Qué hay de Antony Duff? La necesidad de comunicar un derecho penal retributivo a los ciudadanos de las democracias liberales</i>	307
PÉREZ DEL VALLE, Carlos: <i>Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos</i>	323
PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: <i>Legisprudencia y legalidad penal: el caso peruano</i>	339
REYES ALVARADO, Yesid: <i>Los delitos de propia mano</i>	353
RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón: <i>Seguridad ciudadana, derecho penal y derechos humanos. Una opinión del Consejo de Europa</i>	363
SANZ MORÁN, Ángel José: <i>Las personas con discapacidad y las últimas reformas penales</i>	375
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: <i>¿Democratización del Derecho penal? ...</i>	389
URQUIZO OLAECHEA, José Francisco: <i>Delimitaciones en torno al principio de culpabilidad y proporcionalidad penal</i>	401
VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: <i>Populismo punitivo y prisión perpetua</i>	413
VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: <i>El concepto penal de funcionario público: algunas cuestiones problemáticas</i>	433
ZAFFARONI, E. Raúl: <i>Las ilusiones y la legítima defensa</i>	445

CAPÍTULO II

DERECHO PENAL / PARTE ESPECIAL

ABEL SOUTO, Miguel: <i>Análisis comparado del delito de blanqueo de dinero en Paraguay y España</i>	455
ACALE SÁNCHEZ, María: <i>El limitado castigo de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos urbanísticos: ¿hasta cuándo?</i>	469

ALONSO ÁLAMO, Mercedes: <i>Tráfico de órganos humanos y dignidad de los vivos... y de los muertos</i>	485
BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, M. ^a José: <i>El Artículo 510 del Código Penal</i>	499
BLANCO CORDERO, Isidoro: <i>Consumación del delito de hurto cometido por pluralidad de sujetos (sobre la sts 316/21, de 15 de abril de 2021)</i>	521
BUSTOS RUBIO, Miguel: <i>Tres rasgos de desigualdad en el Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio</i>	531
DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. y PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio: <i>Trata de personas y tráfico migratorio (y laboral) ilegal</i>	547
DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: <i>Aspectos problemáticos del delito de corrupción deportiva. Especial atención a las primas por ganar</i> 561	
GARCÍA ALFARAZ, Ana Isabel: <i>Reflexión sobre la expansión del derecho penal y la aplicación de los delitos alimentarios nocivos</i>	575
GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel: <i>La mutilación genital femenina en España: datos y jurisprudencia</i>	587
GÓMEZ RIVERO, M. ^a del Carmen: <i>Desórdenes públicos y terrorismo</i> ...	605
HAVA GARCÍA, Esther: <i>Hacia una definición legal de la gran corrupción</i>	619
HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: <i>La protección de los Derechos Humanos en el Código Penal español. Una propuesta de reforma</i>	633
LAURENZO COPELLO, Patricia: <i>Sobre el papel de los derechos sexuales y reproductivos en el Derecho penal</i>	647
MANERO SALVADOR, Ana: <i>El matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad dotado de autonomía</i>	661
MARTÍN LÓPEZ, M. ^a Teresa: <i>Criminología del delito fiscal</i>	667
MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: <i>¿Existe un especial elemento subjetivo del tipo en los delitos contra el honor?</i>	679

NIETO MARTÍN, Adán: <i>La conformación de la cláusula umbral en el delito de ecocidio</i>	687
NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: <i>Breves reflexiones político criminales sobre los delitos de expresión</i>	709
OLASOLO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo: <i>Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural</i>	723
PENA GONZÁLEZ, Wendy: <i>La necesaria (pero imposible) supresión del artículo 510 CP</i>	735
POLAINO NAVARRETE, Miguel: <i>Los delitos de cohecho tras las reformas penales de 2010 y 2015: una visión panorámica y crítica</i>	749
QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: <i>Injurias y mentiras</i>	769
RODRÍGUEZ MESA, María José: <i>La prueba de la motivación en los delitos de odio en un derecho penal garantista</i>	787
RUIZ ARIAS, Miriam: <i>Protección penal internacional del medio ambiente y justicia ecológica</i>	801
SÁNCHEZ BERNAL, Javier: <i>Salir a ganar: una reflexión acerca del delito de fraude deportivo a partir de la SAP Navarra 111/2020, sobre el «caso osasuna»</i>	815

CAPÍTULO III

DERECHO PROCESAL PENAL Y OTROS ASPECTOS JURÍDICOS

ANTILLÓN, Walter: <i>Del defensor de oficio al defensor interamericano (Defensa penal en Costa Rica y en Latinoamérica)</i>	835
DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: <i>Entre la ficción y la realidad: de El Cartero siempre llama dos veces a «La Viuda Negra de Patraix»</i>	849
DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: <i>¿Qué debe analizar un recurso de amparo contra una condena por delitos de expresión? Perspectivas material y procedimental en la jurisprudencia constitucional</i>	859

ESCOBAR BRAVO, María Eugenia: <i>La protección del denunciante. El caso Gawlik. Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Directiva Europea 2019/1937 de protección de los denunciantes o whistleblowers sus efectos en los programas de cumplimiento</i>	867
FUZIGER, Rodrigo: <i>La elocuencia de Harpócrates: ensayo sobre el silencio en el Derecho</i>	881
GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, María Josefa: <i>La dignidad humana y los derechos sociales</i>	893
GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: <i>De indicios, presunciones y pruebas</i>	907
GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: <i>El control jurídico de los servicios de Inteligencia</i>	915
LABORDE, Daniel Mario: <i>Objetivos de desarrollo sostenible y corrupción transnacional</i>	925
LASCANO, Carlos Julio: <i>Breves apuntes sobre el dolo y, en particular, sobre el dolo eventual</i>	937
MORÁN GONZÁLEZ, Manuel: <i>Mi deuda</i>	949
OLLÉ SESÉ, Manuel: <i>La jurisdicción penal universal al servicio de la Corte Penal Internacional: utopía o realidad</i>	951
ORTS BERENGUER, Enrique: <i>El sesgo iconográfico de la prostitución en el cine</i>	967
POLAINO-ORTS, Miguel: <i>La delincuencia de sangre en la poesía castellana. Un apunte introductorio</i>	977
PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: <i>La innecesaria y desproporcionada injerencia penal del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en el derecho de reunión</i>	997
REBOLLO VARGAS, Rafael: <i>El anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020: La inviabilidad de la acusación particular colectiva y de la acusación popular para la defensa de bienes jurídicos supraindividuales</i>	1009

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Alicia: <i>La invisibilidad de la macro-victimización derivada de la delincuencia de cuello blanco</i>	1021
RODRÍGUEZ LORENZO, Myriam: <i>Análisis sobre la lógica criminalizadora de la gestión inmigratoria del Mediterráneo</i>	1033
VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel: <i>Notas generales sobre la pandemia (Covid-19) y el derecho en México</i>	1049
VILLEGAS DÍAZ, Myrta: <i>La «lucha» contra el crimen organizado en América Latina. Reflexiones mas allá de la frontera penal</i>	1065
EPÍLOGO	
TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: <i>Derechos Humanos y Derecho Penal en la obra de Ignacio Berdugo</i>	1077
DISCURSO DE INVESTIDURA COMO RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA DE IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE	1091
TABLA DE CONTENIDOS	1097

Memoria de una amistad entre el estudio y el delito

Luis Arroyo Zapatero

Rector honorario de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale

Miembro correspondiente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia



SE HIZO UNA PAUSA. El Rector ordenó sus papeles y dijo que para pronunciar la lección inaugural de este curso en el que se cumplían los 800 años de la Universidad de Salamanca tenía la palabra el doctor Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Y así el oficiante comenzó a su lección, *Reflexiones penales desde Salamanca: decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*. Una íntima emoción nos embargaba a todos. Por una parte, el Rector Rivero había tenido la generosa y acertada idea de encargar la lección a quien había sido predecesor, quien regresaba así a la palestra del Paraninfo que tantas veces había presidido y, además, en fecha tan señalada como los ocho siglos del estudio salmantino. Y comenzó recordando que en el curso de 1944-1945, en el mismo acto inaugural, José Antón Oneca, catedrático de Derecho penal, se preguntaba por el fundamento y límites del poder penal del Estado (Edición de la secretaria general, Salamanca, 2018).

Pronto dejé de seguir el discurso. Lo conocía bien, pues había seguido su apasionada elaboración durante el verano y había leído el borrador completo. Me sumergí en el arca de los recuerdos olvidados de que nos había hablado la helenista francesa Jacqueline de Romilly desde su cátedra del Instituto de Francia, que fue la primera mujer en integrar el College de Francia y la segunda en ser incorporada a su Academia de la Lengua, tras Margarita Yourcenar. Su libro, traducido aquí como *El tesoro de los saberes olvidados*, se merece la cita, pues es de lectura muy recomendable

para quienes tenemos el oficio de enseñar a quienes al principio nada saben y después no se dan cuenta de todo lo que han aprendido, pues desconocen que las clases y las lecturas permiten atesorar en nuestra memoria innumerables conocimientos que salen a la superficie cuando conviene la ocasión. Lo mismo que la memoria de nuestro ordenador solo reacciona a los «drivers», pues de otro modo sería insoportable. Aquella mañana mi driver fue Ignacio Berdugo. Al oírle hablar de tantas cosas comunes fueron elevándose desde el área de los saberes olvidados los recuerdos de la vida en común, desde el tempranísimo encuentro de los 10 años, en primero de bachiller, en el Colegio de Valladolid. Nos sentábamos por orden alfabético y, por tanto, a un pupitre de distancia. El primer encuentro festivo tuvo lugar con ocasión de mi cumpleaños. Fueron invitados un grupo de niños del Colegio junto con los del grupo de casas de la urbanización en que vivíamos y yo los recibía a la puerta de entrada al jardín con un personalizado ósculo, lo que en aquellos tiempos fue objeto de chanza en su familia durante años pues se trataba de una familia regida por los principios del honor, la disciplina y la virilidad.

EN EL COLEGIO DE SAN JOSÉ DE VALLADOLID

Hicimos el bachillerato juntos en el Colegio de Jesuitas, que comenzaban entonces a abrirse al mundo terrenal, bien lejanos de la jesuitones del AMDG de Ramón Pérez de Ayala, de los que me acordé hace pocos años al ver a los «popes» rusos en acción. Tuvimos un profesorado muy variado, por lo general más que notable y plural. El padre Andoin era de lo más extremo, carlistón y muy sabio, especialmente de lengua y civilización francesa. Era autor de un diccionario de modismos franceses que me ha sido útil, sesenta años después. Un día, para mostrarnos la falsedad de los amantes del progreso, nos dijo que la Inquisición había sido suprimida por las Cortes de Cádiz y, a pesar de todo, en 1820 volvieron con la copla de repetir la abolición. Lo malo fue que yo había leído el excelente libro de Manuel Tuñón de Lara en la biblioteca de mi abuelo Emilio y me significué en la clase preguntándole por qué razón la había vuelto a establecer con «el terror de 1824» que era el título y calificativo del pertinente Episodio Nacional de Pérez Galdós. Ni que decir tiene que al buen Padre Andoin le dio una alferecía. Solo tuvimos un mal profesor y como resultado una catástrofe. Suspendimos la reválida de cuarto por las matemáticas, nosotros dos y otros muchos. Nos preguntaron por el peso de 40 litros de aceite y nosotros respondimos que 40 kilos, con absoluto desprecio del peso específico, que encima nos indicaban. Yo creo que aquel profesor de

corbata muy ancha y tan corta que no le llegaba al diafragma nos incapacitó para el cálculo. Nos pasamos el verano en Valladolid haciendo un curso de recuperación, Ignacio en casa de sus abuelos y yo interno en el Colegio. En ese mes largo se cernió nuestra amistad y aprendimos a conocer la biblioteca de su abuelo Ignacio GÓMEZ DE LA TORRE, especialmente la sección de literatura erótica nacional de antes de la guerra, naturalmente prohibida en nuestra época, ubicada en segunda fila de los libros de su biblioteca.

Tras el aritmético fracaso optamos por el bachiller de letras puras, lo cual fue un error, pues ni aprendimos los misterios de multiplicar y dividir, que no se incluía en el plan ni tampoco aprendimos, ni el griego ni el latín. Siempre he envidiado a los alemanes, que tras el Abitur son capaces de hablar latín. Nosotros no llegamos ni a hacer bien las traducciones, siempre envíe al nuncio al campamento equivocado.

En aquel tiempo se desarrollaron nuestras primeras pasiones superiores. Ignacio se convirtió en un excelente jugador de rugby. Llegó en la madurez a ser miembro de la selección internacional y hay de él extraordinarias fotografías saliendo de entre el barro como Braveheart. Yo me dediqué a la música. Mi padre me puso un profesor de guitarra, pero el que aprendió fue mi hermano Javier, que luego se dedicó al piano y a la armónica con gran éxito. Cuando los compañeros del colegio crearon un grupo musical llamado «Los Flancos», los hermanos Puras Ripollés, Puki Martín Mateo, y Gele de Francisco me incorporaron porque era el único que tenía guitarra eléctrica y me confiaron el bajo, que es menos complejo. Me echaron del grupo en cuanto apareció otro que, además de traer guitarra eléctrica, sabía tocarla. Procuré disfrazar el asunto con el argumento de que ellos eran favorables a los blandos Beatles y yo a los duros Rolling Stones, o sea, cosa política ya. Pero es bien cierto que mi mujer me conoció actuando en un escenario haciendo playback disfrazado el Mike Jaeger. No le caí nada bien a ella y a los curas les pareció fatal, hasta el punto de indicarme que quedaba liberado de la misa diaria, que era allí donde enredábamos, confesándonos todos en vez de con el padre Borobio, que era nuestro «espiritual», con un viejecito que tenía fama de haber dado en el Colegio de la Habana una bofetada a un impertinente jovenzuelo que llevaba por nombre Fidel Castro. Pecaras lo que pecaras, siempre era la misma penitencia: un padre nuestro y tres avemarías. Injusto era, se llamaba Agüero.

Un profesor que luego hemos visto cómo nos modeló fue el de filosofía, el Padre Corral, que nosotros llamábamos sin piedad el «Cabecín». Nos sacaba al estrado y nos hacía hablar a nosotros dos. Nos dijo: *ustedes serán catedráticos*. Alojado en su vejez en la residencia de los jesuitas de

Salamanca le anunciamos la visita de sus antiguos alumnos ¡Catedráticos y Rectores! Pero lo que más nos sorprendió es que se acordaba a la perfección de nuestras conversaciones y pillerías. Ha sido una de las visitas más satisfactorias que hayamos hecho juntos.

Otros profesores que seguro que nos marcaron fueron el padre Bombín, que conocería repentinamente el amor humano y ganaría una esposa y una cátedra de Instituto. También el padre Martín Mateo, que luego se iría con otros vallisoletanos a misiones a la Universidad Pontificia del Salvador a donde fueron tantos y entre ellos el P. Martín Baró, originario del Colegio, hijo del escritor Francisco Martín Abril, todas víctimas del terrorismo de Estado.

LA FORMACIÓN DEL CARÁCTER

En el rugby, desde la categoría de infantil, se mostraba y se forjaba el espíritu y personalidad de Ignacio. Se esforzaba de modo insólito y quería siempre ganar. Me saqué un poco la espina por la broma sobre el ósculo cuando calificué ese rugby infantil en el que no se pegaban, sino que se arrancaban un lazo rojo que llevaban pillado con el pantalón deportivo, pero, cuando subió de categoría, hay que ver los golpazos que se daban. Acompañé a Ignacio a ver un partido y me quedé de piedra. Uno de sus compañeros vio –gracias a las gafas– que tenía que entrar a placar, lo hizo poniendo las gafas a buen recaudo, salió como una flecha de más de 90 kilos contra la pelota de jugadores, con tan mala suerte que no vio que la melé se había desplazado y se empotró literalmente en un poste. Quedó en el suelo. Yo, que tenía ya mis dioptrías, me di cuenta de que no podría seguir a Ignacio en el rugby. Lo cierto es que el equipo era bastante gamberro y a veces incluso violento. Un día en que iban por el paseo de Recoletos, vieron en Neptuno que por allí pasaba un cantante muy de moda por sus melosas canciones y por sus terribles corbatas. Gritaron los más de veinte», Aguilé, Aguilé» y el muy incauto paró el coche.

Entre todos cogieron el «haiga» descapotable y lo levantaron más de un metro del suelo, soltándolo luego estrepitosamente. Falleció hace poco, yo creo que todavía bajo los efectos de aquel lejano susto. Ya lo decimos siempre, caer en el Código penal es sorprendentemente fácil.

En clase de francés preguntó Ignacio por los acontecimientos de mayo de aquel corriente año de 1968. Nos inquietó, pues Madame Perrote aseveró que esas manifestaciones eran algo muy francés y que en unos días sería todo agua pasada. La verdad es que a nosotros nos parecía raro que protestasen por nada, como si no tuviéramos suficiente con lo nuestro.

El caso es que de repente nos topamos los dos con una manifestación en la Plaza Mayor en la que pedían libertad y que el hijo del obrero fuera a la Universidad. La policía llegó y disolvió el asunto a pesar de su falta de experiencia ante tales fenómenos en la vieja capital castellana. Ignacio y yo nos quedamos pensativos, sobre todo porque entre los manifestantes vimos al profesor que nos daba griego, sucediendo al padre Can e canis canis, y no de Kant, quien participaba en la manifestación con gran entusiasmo y era fácilmente reconocible por su melena rubia. Con el tiempo se reveló que se trataba de Eliseo Aja, discípulo de Jordi Solé Tura. Sorprendente.

En la misma zona de la manifestación, en la calle de Santiago, se encontraba el diario falangista «*Libertad*», que fue pionero en «redes sociales», pues hacía colgar del balcón una gran pizarra en la que escribían las novedades del día. Uno de ellos nos enteramos allí de que un grupo de estudiantes habían sido detenidos, multados y confinados por haber asistido en Bucarest a una reunión del Partido Comunista. Lo cierto es que solo nos quedamos con el nombre que nos hizo más gracia: Juan Terradillos. Siempre ha injuriado severamente a los del periódico aquel, pues él nunca fue a Bucarest, sino que se quedó en París tan ricamente.

El acceso a la Universidad se produjo sin trastornos, hicimos ambos un buen examen de lengua extranjera. Nadie seguía la lengua de la Pérfida Albión. Al padre Andoin no le hubiera sorprendido el Brexit. Preparamos concienzudamente el examen oral sin haber ido nunca a Francia, con una profesora particular francesa que tenía la circunstancia de estar casada y con esa costumbre, que sigue imperando y no solo en Afganistán, adoptó el nombre de su marido y así fue Madame Perrote, antes mencionada. Nada más hay que decir, salvo que nuestro castellano rudo fue domado por ella y tuvimos ambos éxitos en el examen oral. El asunto no era sencillo, pues quien examinaba de francés en la muy noble y antigua Universidad de Valladolid no eran ni catedráticos ni titulares de francés, que no había ninguno, sino mi abuelo Emilio Zapatero, catedrático de Microbiología y que, eso sí, había estudiado en París. El suplente no quiso ponerse chulito. A unos como a Jose Duro e Ignacio les preguntaron sobre textos del *Paris Match*, a mi sobre uno del *Reader Digest*, edición francesa, sobre la iglesia de Gaudí en Barcelona. Fui el mejor, pues era el único que había estado en Barcelona y había visto que la Catedral estaba sin terminar, circunstancia que si es desconocida hace casi imposible la traducción. Hubo suerte.

Se imponía la sistemática presión religiosa del Colegio y de la sociedad. Para espanto de los jóvenes de hoy, nos sometían a una suerte de confinamiento entre nosotros mismos. Por ejemplo, en Semana Santa no se permitía a nadie librarse de las procesiones, se participaba en ellas como

cofrade o como observador. Nadie podía irse ni a la playa ni al cine, pues se suprimían esos días clave toda impiedad.

Poco píos

Lo bueno fue que nos aprovechamos de saber que la fe era una gracia, que unos recibían y otros no. Pero inquietos por el reverencial temor a morir en pecado mortal, a tenor de lo que nos relataba el padre espiritual que era un poco psicópata, Ignacio y yo nos apuntamos en sexto curso, ya con 16 años, a la última oportunidad que tendríamos para asistir a unos ejercicios espirituales a la vieja usanza de los discípulos de San Ignacio de Loyola, que tenían lugar en el noviciado de Villagarcía de Campos, en corazón de Castilla. Quizá la gracia alcanzara nuestros corazones, pero la cosa fue mal desde el primer momento. Estábamos en habitaciones contiguas y descubrimos con alegría que nos podíamos comunicar por los respectivos lavabos que confluían en un mismo punto. Allí, en tan extraña postura, hicimos nuestras cavilaciones y decidimos hacer un esfuerzo final de recogimiento. La capilla se dejaba abierta para facilitar aquellos lances. Nos bajamos y tomamos correcta posición, cada uno en un ala de las dos filas de bancos, para no correr el riesgo de incurrir en frivolidad. Pero cuando estábamos a punto de elevarnos espiritualmente apareció por la puerta nuestro compañero Angulo, el más pecador de todos nosotros. Nos miramos maravillados de los sorprendentes efectos de las admoniciones del Padre Borobio. Avanzó por el pasillo entre nosotros. Lo seguíamos arrobados. Pero cuando subió el primer peldaño hacia el altar abrió los brazos de par en par, perdió el equilibrio y se dio un tremendo trompazo que nos llevó a los dos a exclamar: «s`a matao». Con lo cual se rompió la concentración y todo lo pretendido. No pudimos culpar al compañero de nuestro destino. Nuestro amigo ni siquiera vio que estábamos en capilla, solo una velita alumbraba y eso fue la perdición de nuestro penitente y la nuestra propia.

Lo sorprendente es lo poco píos que éramos. Estábamos muy ajenos a las crisis de fe, que era un accidente hasta entonces frecuente. Ocurría que vivíamos entre dos mundos y desconocíamos mucho del pasado. Así, Eduardo Cortejoso, que formaba parte del grupo de chicos y chicas que salíamos juntos a tomar algo, decidió, seguramente por las mismas razones que las de Ignacio y yo, ponerse un cilicio. Pero al cabo de una hora fue a consultarnos a nosotros que algo fallaba en el asunto. Vimos sorprendidos que los pinchos del cilicio traspasaban su pantalón a la altura del muslo. En definitiva, el propósito era bueno, pero desconocía que el cilicio está concebido para que los consabidos pinchos se clavaran en la carne.

Creo que en el colegio solo tuvimos un disgusto grande y un susto morrocotudo. Cimadevilla, que era precisamente de Ponferrada, fabricó en un paquete de petardos de su invención, le dio mecha y no explotó. Cometió el error de, tras esperar un buen rato, tomarlo con la mano, observar y acercarlo a la oreja en la torpe inquisición sobre si la mecha había prendido el interior. Explotó, retumbó en todo el patio pequeño, y le rompió el tímpano. Ignacio y yo nos quedamos de piedra. En el tiempo posterior gustaba exhalar el humo con la boca y la nariz tapados y maravillarnos al comprobar que muy perfiladas volutas de humo salían de su maltratada oreja.

Susto y bien grande es el que no dio el padre Prefecto Requejo, llamado el «Mosca» por su capacidad para percibir con su mirada las más oculta infracción y posarse inmisericorde sobre nosotros. Estábamos en el inmenso patio y se abrió una ventana. Nos mirábamos, pero sabíamos que era él, gritó nuestros apellidos. Todo el patio quedó electrizado. Deseábamos fervientemente que pronunciara algún apellido más. Quizá a Paco González de Lena, que era el más culto de nosotros, gran apasionado por el cine. Podría haber sido regidor de algún cine club, pues tenía ya entonces completísimas fichas de todas las películas. Un aficionado al cine podría ser un buen candidato a pecador a ojos del Prefecto. Nada, se quedó en el ¡Berdugo y Arroyo, a mi despacho! Y allí fuimos con ojos de carnero degollado. No sabíamos en qué, pero seguro que habíamos pecado. Allí, ante aquellos ojos que nos miraban como carbones encendidos, dábamos vueltas a nuestra mala conciencia. Y nos espetó: «¡Hacen ustedes cochinas!» y se nos cayó el mundo encima, pues pensamos que nos habían pillado las novelas eróticas del abuelo Ignacio. No solo se iban a enterar en nuestras casas de lo que leíamos, sino de lo que leía el abuelo. Pero todo cambió cuando el «Mosca» sacó del cajón dos noveluchas que comprábamos con avidez en los kioscos, poliacas y de malas costumbres, la alternativa culta a las del oeste, que con tanto éxito escribía Marcial Lafuente Estefanía. Sobre todo Ignacio se libró de un buen y vergonzoso castigo, en la picota de la casa de los abuelos y en el piso de arriba, el de sus padres don Antonio y doña Rosario.

EL MISTERIO DE LA VOCACIÓN

La elección de la carrera fue sencilla, siendo de letras puras no valíamos más que para la Facultad de Derecho o la de Letras. Yo no tenía precedentes, solo había ingenieros o médicos, pero en el caso de Ignacio, su abuelo, del mismo nombre, era juez de carrera, aunque como nos explicaba con

gracia sólo la República le había hecho trabajar, como juez de divorcios. Al regresar el orden al país volvió a pedir la excedencia y repartía el año entre Valladolid y su finca de Quesada en Jaén, con buenas cuerdas de olivas, propiedad de la familia desde la Reconquista. Con todo, el abuelo de Ignacio le instruyó: con esa finca pueden vivir cuatro tan ricamente, pero no quedará para repartir entre tantos nietos, tendrás que trabajar. Ignacio siempre quiso ser juez, aunque fuera trabajando.

LA CARRERA

La carrera fue movidita. El primer curso fue el último en que los estudiantes acudieron con corbata. Para garantizar el orden se bastaba Don Mariano Fernández Martín-Granizo, fiscal jefe y muy sabio. Por la poca dulzura de su carácter le llamaban «*La hiena*». Llegó al Supremo y le dieron la Cruz de San Raimundo de tercera clase. Se la devolvió al Ministerio por lo de la tercera clase con un ejemplar de los diferentes libros de su autoría y una carta explosiva que publicó la Revista de Jueces para la Democracia. Nos dio Derecho Natural, Filosofía del Derecho y los dos procesales. Su verdadero premio fue su hijo, que es un excelente fiscal. Entre los profesores más destacados de primer curso estaban Juan Arias, de Derecho Romano, José Antonio Rubio Sacristán de Historia del Derecho, el más destacado como intelectual, que había estado en la Residencia de Estudiantes y acompañó a Lorca a Nueva York. Era desafecto al Régimen y el Régimen a él. Su hija dono a la Universidad su extraordinaria biblioteca.

Pero cuando dio comienzo el segundo curso corrió como la pólvora la noticia de que venía un nuevo catedrático de Derecho penal que era el único de la Universidad española que se había negado a jurar a los principios del Movimiento Nacional. Se llamaba Marino Barbero Santos y nos cautivó desde el primer día. Baste pensar que para abrir boca con la asignatura nos dijo que había mucha gente en la cárcel que no habría de estar allí. Nos puso como ejemplo a Julián Besteiro, que había estado preso en la cárcel de Carmona y nos emocionó al contarnos que había muerto de fiebre y que en su delirio decía en altas voces ¡*Freiheit, Freiheit!*. Su énfasis era notable, no solo por el tono elevado en que se manifestaba sino porque tenía problemas con la pronunciación de la r, que nosotros no sabíamos entonces que se llama rotacismo, lo cual solo le venía bien para las lenguas extranjeras. Me dijo en estos días José Duro —compañero del Colegio y luego ilustre médico— que Don Marino, junto con Pedro Gómez Bosque, catedrático de medicina, fueron los profesores más valientes en aquel tiempo en que nadie decía nada y solo otros pocos ofrecían resistencia pasiva.

Al año siguiente, en clase de Parte especial, le llegó la noticia de la muerte de Don Luis Jimenez de Asúa. Nos lo contó y se le fueron inflamando las venas de su rostro, que parecía que iban a reventar. Quedamos impactados una vez más. Al llegar Ignacio a casa dos horas más tarde a comer, su padre, entonces coronel, le informó de que la clase de «vuestro» Marino era ya conocida en toda la VII Región Militar.

Tuvimos más profesores en los años siguientes, el más peñazo, sin duda, el de Derecho administrativo, Boquera Oliver, dos años hablando del acto administrativo, del «acto», que era una expresión al menos equívoca para los que habíamos estudiado en el Colegio, y donde solo existía un único tipo de «acto». En Derecho canónico nos ilustró don Pablo Pinedo, sobre todo cuando en su inmensa bondad nos informó a toda la clase a la vuelta de su viaje de bodas de que el «acto» duraba tan poco que no podía entender que hiciera mover los seres humanos hasta el poder y la guerra. Una verdad como un templo. Destacaba Juan Antonio Sagardoy, jovencísimo Catedrático de Derecho del trabajo que nos hablaba de mil cosas interesantes y en favor de los sindicatos, explicaciones que su nutrido y valioso y progre equipo de ayudantes nos replicaban con mayor nitidez. Cuando Sagardoy iba a decir algo políticamente picante se ponía primero y el escapulario de *Detente bala* y decía», yo, como buen navarro»... y remataba con alguna cosa políticamente fuerte. Aprendíamos sobre todo de los matices y de lo dicho entre líneas. Justino Duque fue también un estupendo profesor de Derecho mercantil, con un magnífico equipo de discípulos que además de progresistas llegarían lejos.

La carrera la hicimos con intensidad. Estudiábamos juntos cuatro compañeros casi todos los días, de 10 de la noche a 2 de la mañana. Se lo recomiendo siempre a los estudiantes para que lo hagan así. Ya comenzaba a disponerse de algunos manuales, pero en caso contrario Ignacio era capaz de tomar apuntes como una máquina. Todo a base de café. Queríamos creer que si caía una mancha de café sobre los apuntes la suerte del examen estaba garantizada. Si no caían gotas Ignacio las repartía estratégicamente. Para mí fue este sistema determinante en mi supervivencia, pues enseguida se amplió la cosa.

APRENDIZAJE Y SUCESOS

Incluso ya en primer curso se produjo un incidente con motivo del cual organizamos una asamblea en la que nadie había que supiera qué hacer, pues todos los representantes estudiantiles estaban bajo el estado de excepción desde el año anterior, en la cárcel o desterrados. De pronto se

abrió la puerta y se asomó uno y rápidamente nos hicieron llegar que se trataba, ni más ni menos, que de Juan Terradillos, el señalado en la pizarra del diario «Libertad» que habíamos visto durante mayo del 68. Como ha hecho en tantas y diferentes ocasiones, puso la cara seria, miró no dijo nada y desapareció.

Pero al principio del segundo curso ya habíamos aprendido todo y así, por ejemplo, ya sabíamos quién era Luis Cernuda y todos los demás que citaba un compañero de curso que era de Santander, José Ormaechea, quien huyendo de la policía por un tejado cayó por una claraboya desde el tercer piso, lo que le provocó una espantosa conmoción cerebral. Pero lo que nos cambió la vida fue la famosa conferencia de don Jaime Miralles. Era el único superviviente de una familia entusiasta del alzamiento auto sacrificada hasta el exterminio en el frente de los Altos de León, en Guadarrama. El problema era que el pequeño de los hermanos era un monárquico demócrata y militante antifranquista. Presidió el Decano Juan Antonio Arias y lo acompañaba también el profesor de Canónico, don Pablo Pinedo, que había hecho la guerra con la boina verde, que tenía la significación monárquica en favor de don Juan, frente a los de la boina roja que eran carlistas. Don Jaime nos explicó muy claramente lo que era el Estado de Derecho y creímos que era cosa de él la idea de que podíamos saber si vivíamos en una Democracia cuando si alguien llamara a la puerta por la noche pudiéramos estar seguros de que era el lechero y no la policía. Fue un ejemplo plástico. Según terminó la conferencia se levantaron los de la Brigada político-social y se llevaron detenidos al conferenciante, al Decano y a don Pablo. Y según se produjo este hecho entraron en el aula magna no menos de cien *grises*, que hicieron un pasillo y nos hicieron desfilar hasta la calle, sin saber si nos iban a soltar un garrotazo. Fue algo tan humillante que buena parte de los que lo vivimos descubrimos la dignidad personal y nos convertimos en militantes de la libertad. De ahí vino la vorágine de las asambleas, el ser delegado de curso y de la Facultad, y necesitar el apoyo de Ignacio cuando hubiera de esconderme. El asunto terminó como el *Rosario de la Aurora*, pues cuando se anunció una reforma de la Ley Universitaria se armó un gran lío. Protestábamos porque no nos habían preguntado a los estudiantes, a lo que el Rector Luis Suárez respondió que tampoco se preguntaba a las perdices para hacer la ley de caza. Ardió Troya. Salimos hasta en el *Paris Match*. Por cierto, el rector en cuestión se convirtió en famoso cuando se publicó el Diccionario biográfico de la Academia de la Historia y nos explicó, bien entrado el siglo XXI, que Francisco Franco era un alma de la caridad. De las protestas en la Facultad pasamos a la calle, que tomamos en cuanto comprobamos que no había *grises*, lo que se sabía fácilmente, pues cuando se iban a Madrid

quienes se hacía cargo de la cárcel era la Guardia Civil, lo que se veía desde la calle. Era una manifestación detrás de otra y terminamos en el barrio de los Pajarillos, por donde pasaba la vía del tren. Estoy seguro de que no pasó por la cabeza de nadie parar el tren y que si paró fue porque el maquinista pensó razonablemente que seguir era peligroso con tanta gente saltando por las vías. El caso es que llegó la policía y cuando se dirigió a la vía los estudiantes allí situados se emplearon lanzando piedras del balasto sobre las fuerzas del orden. Yo llegué tarde, como siempre, por haberme quedado enredando con el catedrático de Trabajo, Juan Antonio Sagardoy, que era buen navarro y demócrata, como se ha dicho. Total, que lanzamos las piedras desde la propia plaza sobre los policías cuando veíamos que cargaban sobre los compañeros situados en la vía. Yo creo que no he dado nunca a nada tirando una piedra, pero aquel día acerté a dar al foco azul marino sobre el Seat negro de los «sociales». Se debieron molestar mucho porque salieron rabiosos y disparando sus pistolas al aire. El otro capitán de aquel grupo cada segundo más reducido era Pancho Silió, quien gritaba sin éxito: ¡no tengáis miedo, que son de fogueo! Pero todavía están las marcas de las balas en las fachadas de los edificios.

Nos detuvieron y nos llevaron a la cárcel a más de cuarenta de un golpe, de toda clase y condición. A algunos nos buscaron por lista. Habían compuesto un informe de los hechos tan alarmista que cuando lo leyeron en Madrid pensaron de inmediato que los estudiantes de Valladolid nos habíamos convertido en el Maquis. He contado todo este asunto en la Introducción al primer volumen de mis «obras incompletas», pero señalo aquí lo pertinente. En el interrogatorio de la Comisaría puse por testigo de que no llegué a estar en la vía del tren a Ignacio Berdugo, y a los dos compañeros de estudio nocturno Leoncio Díaz y Paco Sainz –cuyas respectivas becas-salario puse con ello en peligro–, a don Marino Barbero Santos y a Juan Antonio Sagardoy. Todos hicieron declaración jurada. Total, que Ignacio se dedicó desde entonces a protegerme y ayudarme. Protección eran tanto los juramentos falsarios como el acogerme en la casa de sus abuelos, bajo la casa de sus padres, en la calle Miguel Iscar, junto a la Casa de Cervantes. La vez que más eficaz resultó el refugio fue frente a la persecución orquestada el día en el que, mientras nosotros organizábamos un reparto masivo de propaganda contra el juicio que aquel día se celebraba contra doce dirigentes de Comisiones Obreras en el Tribunal de Orden Público, el *Juicio 1001*, en el que se les pedían penas de 20 años de cárcel, a la ETA se le ocurrió hacer el atentado contra Carrero Blanco. La policía sobre alertada, y con la amenaza de un golpe de Estado desde la Dirección General de la Guardia Civil, detuvo prácticamente a todos los grupos que repartían la propaganda. A mi, que me tocaba repartir los paquetes

de propaganda primero, y luego recibir la noticia de las incidencias, todo lo que me llegaba eran catástrofes. Habían detenido a la mayoría de los compañeros de la Facultad. Busqué a Ignacio y le pedí que me llevara al piso de sus abuelos y que avisara en mi casa de que no iba a aparecer por allí. Así fue, y pasaron más de dos semanas. Ignacio me bajaba la comida e incluso Rosario madre dejó como al descuido un jamón, del que dimos cuenta durante el encierro, que aprovechamos para estudiar intensamente y para leer de la biblioteca del abuelo.

Otro tiempo de recogimiento fue consecuencia del movimiento de protesta contra la tortura de que había sido víctima un estudiante de Magisterio, Manuel Cancho. En la movilización, mi hermano Javier tuvo un incidente cuando denunciaba la barbaridad de tirar por la ventana al estudiante en cuestión. Era un «inteligente» sistema de tortura de la policía franquista que aplicaron en numerosas ocasiones, por ejemplo, con Julián Grimau, con Enrique Ruano –como ha recordado Javier Padilla en su *A finales de enero*– y ahora con este. Resultó que, en el bar en el que entró para convocar a la manifestación, dio el mitin a un grupo de policías que tomaba su cafelito. Por fortuna, la cultura de la industria del bar tradicional de aquel tiempo era la de barra larga y el pasillo estrecho, y cuando se echaron sobre mi hermano y tres estudiantes jovencitas de medicina, éste se volvió y golpeó con el paraguas al «social» que se abalanzaba sobre él. Aquello les dio cierta ventaja, pero en segundos tiraron de pistola y las chicas al ruido de los tiros se espantaron cayeron al suelo, con lo que las detuvieron. La policía se presentó en casa a las dos de la mañana, pero nos dio tiempo a escondernos. Según lo que contó la policía a mi padre, las chicas habían identificado como el agitador profesional no a mi hermano –otra injusticia como con la música– sino a mí. Fue la única vez que las mujeres confundieron conmigo al hermano de melena rubia y ojos azules. La solución: Javier a Madrid, a casa de los abuelos Zapatero, y yo a casa de Berdugo. También en esta ocasión estuve más de dos semanas y Javier un mes.

Como aventura académica merece contarse que en el año 1971 y en Salamanca tenía lugar un seminario sobre «Problemas actuales de Derecho Penal». Nuestro profesor Marino Barbero Santos debía pronunciar una conferencia que la autoridad ya había querido suspender en otras ocasiones, que consistía en una crítica a la justicia militar y a los tribunales especiales y a la Ley de bandidaje y terrorismo, que eran los que enjuiciaban los delitos de las organizaciones políticas que empleaban la violencia. Debe recordarse que apenas habían pasado unos meses desde que tuvo lugar el llamado juicio de Burgos contra varios fundadores de la organización terrorista ETA y en el que se habían pronunciado 6 condenas a muerte, conmutadas solo tras

una gran movilización nacional e internacional. El ambiente se cortaba en el aula del viejo edificio de la Universidad que ha cumplido ahora 800 años y los aplausos fueron tremendos. En el coloquio se levantó el catedrático de Historia del Derecho de aquella Universidad, que en la primera jornada había hablado sobre la tortura judicial y sus posibles supervivencias. Pero en la conferencia no habló solo de la tortura judicial, sino de la policial de aquellos interminables años finales del franquismo. El título tenía una explicación: la censura, siempre estúpida, además de molesta, había añadido el adjetivo «judicial» para autorizar el libro que Tomás y Valiente preparaba y que fue así publicado en 1973, con el definitivo título de *La tortura en España*, y sustituyendo la referencia a lo judicial por la adición «estudios históricos». El último censor era juez y así «El púdico manto de la historia cubría los excesos y disimulaba las supervivencias», dice el autor en la introducción contenida en sus Obras Completas.

Con la democracia, Francisco Tomás y Valiente fue magistrado y presidente del Tribunal Constitucional. Al concluir su mandato en este Tribunal, regresó a la Universidad Autónoma de Madrid y allí, en su modesto despacho, con la puerta entreabierta para la libre entrada de los alumnos, vio asomar el arma que lo asesinó. Y es que, treinta años después de su conferencia sobre la tortura, ETA seguía matando.

UNO A SALAMANCA Y EL OTRO A CASTILLA-LA MANCHA

No seguiré con la narrativa de nuestra vida de profesores. Esto no es una autobiografía común completa. «¡Cómo va a ser completa si estoy en vida!», respondió insolente el desvergonzado galeote Ginés de Pasamente, cuando don Quijote le inquirió sobre la suya, acerca de cuya escritura le había advertido el guardia como indicio de peligrosidad. Leímos nuestras tesis, hicimos nuestras respectivas estancias en Colonia, acogidos a la hospitalidad científica y personal de Hans Joachim Hirsch, con quien don Marino había hecho amistad en Ratisbona. El que suscribe hizo esa milicia científica en *infantería*, con dos años de beca del DAAD, Ignacio en *caballería* con beca Humboldt. Para obtener plaza de titular hubo de abandonar Madrid, donde reinaba como Rector del Colegio Mayor Cesar Carlos, para postgrados de altas calificaciones. Una especie de *College*, pero en Madrid. Allí estudiaban quienes iban a ser Diplomáticos, Abogados del Estado, Registradores y Catedráticos. Yo solo era un invitado a comer, pues mi mujer tenía turno de tarde en el hospital.

Pero Salamanca fue una gran oportunidad para Ignacio y para el Derecho penal, como escuela de formación doctoral iberoamericana, de

extraordinarios encuentros científicos con lo mejor del penalismo mundial con aquellos añorados grupos de dos mil alumnos llegados de toda España. Y todo con un muy limitado número de colaboradores entusiastas.

A los penalistas de Castilla-La Mancha nos ayudó mucho, pues pronto tuvimos cursos de enero y numerosas actividades comunes, con enriquecimientos humanos tan notables como Eduardo Demetrio y Ágata Sanz, primero, y José Ramón Serrano-Piedecasas, después. Luego vino nuestro tiempo de gobierno como Rectores de nuestras respectivas Universidades. Juntos fuimos a ver a nuestro Maestro don Marino Barbero Santos al lecho del Hospital de Puerta de Hierro en el que pocas horas después iba a fallecer.

Queda mucho de contar de las aventuras académicas en común, como un arriesgado viaje al Chile de Pinochet a un mes de salir este ileso de un atentado, la obra en América, en la hispana y en el Brasil, la creación de Universia, que ha sido la acción de mecenazgo más relevante e incomparable de la historia para las Universidades españolas y americanas, pero ese relato queda para el futuro, para dentro de una década cuando nos adentremos en nuestra madurez.

El pensamiento crítico, ayer y hoy

Mercedes García Arán
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona



ESTE ES UN LIBRO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS, dedicado a un incansable defensor de los derechos humanos. Se lo dedicamos a sus amigos y amigas penalistas habituados, como él, a movernos en la inevitable –y saludable– relación entre la protección de los derechos y el espacio de intervención estatal más sensible y con mayores riesgos de perjuicio e incluso aniquilación de los mismos, esto es, con el derecho penal.

Ignacio Berdugo y Gómez de la Torre, a quien se dedican estas páginas, no ha dejado nunca de tener en cuenta esa relación, por ejemplo, en un relativamente temprano artículo titulado, precisamente, «Derechos humanos y derecho penal» (*Estudios penales y criminológicos*, 11, 1986-87), pero también en obras sobre temas específicos aparentemente no relacionados con el marco general de los derechos humanos pero en los que su planteamiento crítico con los límites de la intervención penal termina por conducir a cuestionar los límites penales a la libertad.

No me corresponde a mí recordar y glosar la amplia obra de nuestro amigo homenajeado, en la que figuran muchos temas que tienen su tratamiento también en este libro, como veremos al intentar una exposición sintética de su contenido. Me corresponde la tarea, igualmente grata, de presentar esta obra colectiva más allá de la información que puede encontrarse en su completo y ordenado índice, lo que, a mi juicio aconseja situarla en un doble contexto: por un lado, el de las inquietudes que autores y autoras comparten en un marco común de defensa del sistema democrático y, por otro, el de la misma obra de Ignacio Berdugo que ha iluminado el trabajo de los primeros.

Por ello, se me permitirá tomar como punto de partida una de sus obras de imprescindible lectura que proporciona un hilo conductor a los trabajos aquí agrupados. Me refiero a su libro «Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy» (Madrid, Iustel, 2012), una de esas obras de madurez que a una le habría gustado escribir, en las que con concisión y lúcida visión de conjunto se expresan y sistematizan los conocimientos y la formación investigadora que se han ido decantando a lo largo de los años: la historia del derecho penal moderno, su –¿permanente?– crisis, los viejos y los nuevos debates imprescindibles para abordar retos actuales como la internacionalización de la economía y del derecho penal, así como su imparable expansión.

La preocupación que late en esa obra es plenamente compartida por muchos de los penalistas de mi generación, que nos conocimos y nos hicimos amigos en los años setenta del siglo pasado, cuando defendíamos propuestas de reforma entonces revolucionarias porque pretendían –obviamente– acabar con el derecho penal totalitario de la dictadura franquista. Me llena de orgullo y agradecimiento que los responsables de este libro homenaje hayan pensado en mí para compartir con Luis Arroyo y Juan Terradillos, con quienes me une desde entonces una indestructible amistad, la presentación, prólogo y epílogo de la obra.

Y hete aquí que, ahora, muchos seguimos haciendo lo mismo frente a la evidente deriva autoritaria del derecho penal. Sabemos que la vieja aspiración de un derecho penal mínimo, garantista y radicalmente público no se había alcanzado plenamente en un derecho penal liberal tan imperfecto como el mismo sistema democrático, pero el problema es que, ahora, se pretenda dar esas aspiraciones por periclitadas, cuando no ciertamente rancias, sacrificándolas en el altar de la modernización: expansión incontrolada de la intervención penal, tipos penales ajenos a la seguridad jurídica, abuso de los delitos de peligro y de la misma idea de peligrosidad, réquiem por la culpabilidad por el hecho y, en suma, técnica legislativa deplorable puesta al servicio de una supuesta mayor eficacia de la represión.

Pero, inasequibles al desaliento, penalistas como Ignacio Berdugo y todos los que compartimos lo esencial de su pensamiento, seguimos empeñándonos en reivindicar lo que de limitador y garantista tiene lo «viejo» para evitar que lo «nuevo» nos arrolle en una carrera que pone en crisis no ya los principios limitadores sino incluso la misma exigencia de que exista «algun» principio limitador, por modesto y resignado que sea.

Este libro es coherente con esa reivindicación y, por ende, con la trayectoria intelectual y vital de Ignacio Berdugo. Aquí se agrupan trabajos unidos por el denominador común de las preocupaciones compartidas y el afán colectivo en la protección de los derechos humanos frente a la

siempre expansiva fuerza de la represión penal. Y ahí, afortunadamente, coincidimos muchos de los penalistas de la generación académica de Ignacio –en la que me incluyo–, y los de las siguientes.

El abanico de temas es amplio, variado y recorre los ejes centrales de nuestro común objeto de interés: poner al día los viejos temas reivindicándolos en aquello en que han sido injustamente superados y abordar los nuevos con una perspectiva crítica no reñida con la modernización allí donde fuere necesaria. Son tratados con rigor y precaución frente a las derivaciones del derecho penal actual, estableciéndose así un diálogo intelectual con Ignacio que no sólo ofrece a quienes lean el libro una visión acabada del sistema penal actual, sino también un marco de debate que, mientras siga abierto mantendrá la esperanza de que mejore la protección de los derechos.

Como todos los intentos de sistematización, el que les ofrezco a continuación puede ser discutible, pero pretende ofrecer a quienes abordan la lectura de este libro una ordenación que oriente sobre lo que pueden encontrar en él. De antemano, pido disculpas a los autores y las autoras por mi renuncia a citarlos puesto que tal pretensión, en más de sesenta trabajos, haría esta exposición excesivamente farragosa y, mereciendo todos ellos la cita, cualquier selección resultaría injusta.

Así, un grupo de trabajos se ocupa del marco general de los derechos humanos y el derecho penal tanto en la obra de Ignacio Berdugo, como en las líneas generales del Código Penal o el derecho internacional. Descendiendo a un plano más concreto, se abordan las relaciones entre derechos humanos y derecho penal en temas específicos como la dignidad humana, los trasplantes de órganos, la trata de personas, la mutilación genital, el derecho de reunión y los delitos de odio. En este grupo cabe incluir también los trabajos sobre el honor y la libertad de expresión, tema de la especialidad de nuestro homenajeado.

Otro grupo de trabajos es el de la parte general del derecho penal en sentido amplio, que incluye el tratamiento cuestiones político criminales generales como la tendencia privatizadora del derecho penal actual, la teoría del delito y el sistema de penas. Los temas afectantes al sistema de penas incluyen desde una siempre imprescindible visión histórica sobre Dorado Montero hasta las alternativas a la prisión o la prisión perpetua. En ellos no hay que esforzarse por establecer la relación con los derechos humanos, en tanto abordan la más dura intervención sobre la libertad humana. Pero también los temas afectantes a la teoría del delito como son la justificación en general y la legítima defensa en particular o la tentativa de delito permiten abordar la evolución de los contornos del delito, siempre amenazados de desbordamiento.

Y acudiendo a la llamada parte especial, el elenco de temas que permiten también el debate sobre el expansionismo de la intervención penal es amplio y sugerente coincidiendo frecuentemente con temas tratados también por Ignacio Berdugo: la corrupción, el urbanismo, el terrorismo, los fraudes alimentarios, los derechos sexuales y reproductivos, la prostitución, las últimas reformas relativas a personas discapacitadas, el matrimonio forzado o el blanqueo de capitales.

Por último, junto a estudios de la jurisprudencia ordinaria y constitucional, se incluyen trabajos de derecho procesal sobre temas como el defensor de oficio, la protección del denunciante, la teoría de la prueba en el proceso penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero más allá de los temas tratados, la procedencia y ubicación de los autores también merece comentario porque, si la expansión del derecho penal es preocupante, la de la influencia intelectual y la obra de Ignacio Berdugo resulta especialmente digna de reconocimiento y encomio. En efecto, nuestro amigo ha mantenido una intensa y fructífera relación con Latinoamérica, continuadora de la tradición de la Universidad de Salamanca, que se refleja en la participación en este libro de juristas procedentes de Colombia, Brasil, México, Argentina y Perú.

Por último, pero no en último lugar, la actividad de Ignacio en la formación de penalistas se hace patente en la querida escuela salmantina representada por los catedráticos y catedráticas que han dirigido la edición de este libro, profesores Juan Carlos Ferré Olivé, José Ramón Serrano Piedecabras, Eduardo Demetrio, Ana Pérez Cepeda, Miguel Angel Núñez Paz, Laura Zúñiga y Nieves Sanz Mulas, y además, por supuesto, por los discípulos de sus discípulos que participan aportando sus trabajos.

A todos ellos, gracias. Y a ti, querido Ignacio, gracias por tu trabajo, por tu compañerismo y por el privilegio de tu amistad.

CAPÍTULO I.
DERECHO PENAL / PARTE GENERAL

La jurisprudencia en la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado

Prof. Dr. José Aróstegui Moreno
Área Derecho Penal
Universidad de Salamanca



I. INTRODUCCIÓN

EL CARÁCTER ABSTRACTO DEL DERECHO PENAL, y en particular de sus normas, es el móvil de este artículo. El carácter abstracto adquiere relevancia en la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado. Ello se manifiesta en que la casuística en torno a esta pluralidad de acciones es cuantitativamente importante, circunstancia que justifica que, desde un punto de vista práctico, se conozcan los criterios que tiene la Sala Segunda del Tribunal Supremo en torno a tales tratamientos, dado que a través de esos criterios se obtienen respuestas a cuestiones muy complejas y que en muchas ocasiones se solapan en la descripción de las conductas delictivas, de tal modo que generan al jurista práctico dudas en su interpretación en la llevanza de un asunto penal.

II. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LA UNIDAD DE ACCIÓN EN SENTIDO NATURAL, LA UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN, LA UNIDAD TÍPICA DE ACCIÓN Y EL DELITO CONTINUADO

Antes del recorrido que vamos a realizar (a través de una breve aproximación, por el espacio del que disponemos) sobre el verdadero y real alcance interpretativo de las acciones concernidas y de las consecuencias jurídicas que tienen en la práctica, obligado es definir desde el punto de vista jurisprudencial cada una de las acciones que van a ser objeto de este estudio.

1. *Unidad de acción en sentido natural*

Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico¹.

2. *Unidad natural de acción*

La jurisprudencia ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS 15.2.97, 19.6.99, 7.5.99, 4.4.2000) «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha»².

3. *Unidad típica de acción*

Concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente y de intrusismo, entre otros). Pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que, contemplados aisladamente, colman

¹ Vid. STS Sala Segunda de 4 de julio de 2017.

² Vid. STS Sala Segunda de 21 de junio de 2017. En el mismo sentido se pronuncia la STS n.º 829/2005 de 15 de junio, en la que se decía que el concepto de unidad natural de acción parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica.

las exigencias de un tipo de injusto, se valoran por el Derecho desde un punto de vista unitario³.

La unidad *típica* de acción se produce en los denominados tipos que contienen conceptos globales, que se asimilan a los supuestos de unidad natural de acción porque también excluyen la aplicación del delito continuado, pero se diferencian en que la conceptualización unitaria no viene determinada por la naturaleza de la acción sino por la propia descripción *típica*. En la construcción de los tipos penales, el legislador utiliza a veces conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Así ocurre con el delito del art. 301 CP, con el delito del art. 368 CP o con el art. 325, al definir los delitos contra el medio ambiente, en los que la utilización en plural del término «actos» nos obliga a considerar que una pluralidad de ellos queda abarcada en el propio tipo penal. Son actividades plurales que tenemos que integrar en un delito único, pese a tratarse de una pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado⁴.

4. *Delito continuado*

Aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 del C. Penal, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos⁵.

³ Vid. STS Sala Segunda 17 de febrero de 2016.

⁴ Vid. STS Sala Segunda de 29 de diciembre de 2014.

⁵ Vid. STS Sala Segunda de 9 de junio de 2014.

III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS QUE SE PUEDEN DAR EN RELACIÓN CON LA UNIDAD DE ACCIÓN EN SENTIDO NATURAL, LA UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN, LA UNIDAD TÍPICA DE ACCIÓN Y EL DELITO CONTINUADO

1. *Unidad de acción en sentido natural*

Quizás esta sea la figura que menos conflictos presenta a la hora de su aplicación, siempre que no se presenten concausas. Si así sucediera, la controversia se plantearía en torno a la relación de causalidad que debe mediar entre la acción ejecutada en la comisión de un hecho delictivo, el resultado que se produce con motivo de este y la concausa que concurre. En términos generales, para poder imputar este resultado, sin la concurrencia de concausa, es necesario que alguien lo haya causado con una sola acción. FLETCHER indica que el asesinato o el homicidio en general solo ocurren cuando alguien causa la muerte de otro ser humano, es decir, cuando el delincuente mata a la víctima⁶. La acción del delincuente debe ser la fuerza que produzca la muerte de otra persona.

Señala MORALES PRATS⁷ que entre la acción típica y el resultado muerte debe verificarse una relación de causalidad que deberá establecerse conforme al criterio de la teoría de la equivalencia de condiciones, cuya fórmula de comprobación es la *conditio sine qua non*⁸, indicando, además, que sobre esta premisa de relación causal deberán adosarse los criterios normativo-teleológicos de la teoría de la imputación objetiva del resultado (creación de un peligro jurídicamente desaprobado, realización del mismo en el resultado, y criterio del fin de protección de la norma).

2. *La unidad natural de acción*

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como indicamos antes, aplica la unidad natural de acción para sancionar una sucesión de acciones como un solo delito cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto

⁶ Vid. FLETCHER, G. P. «Conceptos Básicos de Derecho Penal», Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 97.

⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, G, MORALES PRATS, F, VALLE MUÑOZ, J. M, PRATS CANUT, J. M, TAMARIT SUMALLA, J. M y GARCÍA ALBERO, R. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, 1996, p. 27 y 28.

⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E. «Estudios de Derecho Penal», 3.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 209 y 211.

fáctico subsumible en un solo tipo penal (especialmente en delitos de falsedad documental o contra la libertad sexual)⁹. En relación con esta Unidad delictiva MUÑOZ CONDE afirma que entre la acción de matar y el resultado muerte debe mediar una relación de causalidad, aclarando el autor que en muchos casos ni siquiera surgen cuestiones sobre la causalidad entre varias acciones y un determinado resultado. Al efecto señala como ejemplo: A dispara tres tiros a B, que se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza, muriendo B casi instantáneamente a consecuencia de estas heridas. En este caso, indica MUÑOZ CONDE, la inmediata sucesión temporal entre la acción (dos disparos, uno en el hígado y otro en la cabeza) y el resultado y su relación directa no dejan lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y el resultado¹⁰.

En la interpretación de esta figura se pueden plantear varias cuestiones controvertidas, de las cuales citaremos cuatro:

En primer lugar, haremos referencia a la determinación del momento en que se interrumpe y comienza otra nueva acción. Esta situación se dará cuando se produce una renovación del dolo, que en un momento dado se puede haber agotado, y dar origen a uno nuevo, constitutivo de otro delito distinto, aunque exista la cercanía temporal y espacial respecto del primero, como ocurre en los delitos de agresión sexual en los que el sujeto ha visto satisfecho su ánimo lúbrico, y transcurrido un tiempo renueva su dolo y vuelve a agredir sexualmente a la víctima. En relación con estos delitos, es importante por ello delimitar la conducta típica, lo que permitirá determinar cuándo termina una acción y se inicia la subsiguiente. La delimitación habrá que diseccionarla en dos elementos claramente diferenciados: de un lado, la estructura de la conducta delictiva y, de otro, el dolo del autor.

⁹ Como han señalado la STS n.º 1937/2001 y la n.º 670/2001, de 19 de abril, cabría estimar que constituye *unidad* natural de *acción* inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente o de modo inmediato. Como decía la STS n.º 1855/2000, de 4 de diciembre, «no se trata de que un solo hecho constituya dos o más delitos, sino de que nos encontremos ante una *unidad* de *acción* delictiva de tracto casi sucesivo que se concreta en una sola lesión al bien jurídico protegido, en función de la finalidad perseguida por el autor; STS Sala segunda 21-06-17: la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS 15.2.97, 19.6.99, 7.5.99, 4.4.2000) «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha».

¹⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, F. «Derecho Penal, Parte Especial», Valencia, 2001, Tiran lo blanch, p 35.

Respecto de estos elementos, la doctrina científica ha venido considerando los delitos de agresión sexual como delitos integrados por varios actos¹¹, en los que el sujeto, tras la ejecución de los mismos, tiene como fin último, en algunos casos, la satisfacción de su ánimo lúbrico (estructura), exigiéndose solamente, para unificar en un único delito estos actos atentatorios contra la libertad sexual, que la reunión o ejecución de los diversos actos se encuentren orientados a la satisfacción sexual del sujeto agresor bajo un dolo que ha de manifestarse en un escenario cercano en tiempo y lugar¹².

Otra forma de interrumpir la unidad natural de acción, y por tanto de sancionar de forma separada los delitos cometidos, se recoge en la STS Sala Segunda de 21-06-17, que señala que en los casos de reiteración del acto típico, si la interrupción de la acción viene acompañada de un cese en la voluntad de ejecutar la conducta típica, de forma que los nuevos actos delictivos, similares al anterior, tienen su origen en una voluntad surgida de nuevo y se producen en un marco espacio temporal posterior y diferente, no se podrá apreciar la unidad natural de acción, y cada uno de esos actos integrará un delito independiente.

Cuestión importante, que trataremos como segunda cuestión controvertida en el tratamiento jurídico de la unidad natural de acción, es que, no siempre que nos encontremos ante la ejecución de hechos delictivos, bajo el cobijo de esta acción se podrá imputar la comisión de un único delito, con sustento en el argumento de la unidad de dolo. Decimos esto porque habrá casos en que el sujeto, bajo la cobertura de un único dolo y de que actúa en el ámbito de la unidad natural de acción, podrá cometer más de un delito. Este planteamiento lo justifica la jurisprudencia con el argumento de que desde la perspectiva normativa desde la que se estudia la acción, se llega a la conclusión de que esta atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de tal manera que la *acción* se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos *naturales* (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real¹³. En suma, nos dice la

¹¹ Vid. STS Sala Segunda 994/2011: en muchas ocasiones podremos diferenciar el agotamiento de un delito o el surgimiento o nacimiento de un dolo renovado para cometer otro. Así, frente a una interacción agresiva sexual en el contexto de una misma ocasión de entorno, ambiente, lugar y circunstancias, el lapso de tiempo que transcurre entre el primer ataque sexual y el coito consumado y agotado no permite dotar de significación jurídica a las diversas agresiones progresivas, encadenadas, sucesivas o de iteración inmediata, como respuesta individualizada a impulsos eróticos diferentes.

¹² Vid. STS Sala Segunda 26 de abril de 2004.

¹³ Vid. STS Sala Segunda de 14 de diciembre de 2018.

jurisprudencia, la ley penal no atiende estrictamente a la *naturalidad* de las *acciones*, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atraviesa dos cuerpos humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la *acción natural* era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos *naturales* (una gran cantidad de golpes sobre una misma persona), es el resultado de un solo delito de lesiones¹⁴.

La tercera cuestión controvertida, y por tanto interesante en la unidad natural de acción, es el establecimiento del límite de cuándo nos encontramos ante una unidad natural de acción y cuándo ante un delito continuado, cuestión que en ocasiones es difícil establecer porque tanto la *unidad natural* de acción como el delito continuado se cimentan, desde una perspectiva ontológica, sobre una pluralidad de hechos. Si bien en el primer caso, en el de la unidad natural de acción, los hechos albergan una *unidad* espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una perspectiva normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal, en cambio, en los casos en que no se da esa estrecha vinculación espacio-temporal propia de las conductas que se ejecutan en un solo momento u ocasión sino que se aprecia cierto distanciamiento espacial y temporal, no puede hablarse de una *unidad natural* de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado.

La situación comentada en el párrafo anterior viene contenida en el caso resuelto por la STS, Sala Segunda, de 10-09-20, en la que se dice:

«Efectivamente todas facturas falsas respondieron al unitario propósito de dar cobertura al desvío de fondos hacia los acusados, ahora bien, se emitieron por distintas empresas, lo que implica de por sí diversificación de conciertos, y en diferentes momentos, lo que rompe esa unidad espacio-temporal sobre la que se asienta la unidad de acción, para dar paso a una unidad jurídica como delito continuado. Es decir, distintas acciones capaces por sí solas de integrar injustos diferentes, pero que obedecen a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión (artículo 74 CP)».

En último y cuarto lugar, haremos referencia al Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 20 de enero de 2015, en el que se regula un supuesto indudable de unidad natural de acción, realizada dolosamente a partir de una única acción, de la que resultan varios resultados lesivos, de titularidad distinta, que son subsumibles en la misma ley penal.

El Acuerdo establece lo siguiente: *«ASUNTO: La concurrencia real de una pluralidad de resultados realizados por la única acción en los supuestos*

¹⁴ Vid. STS Sala Segunda de 9 de mayo de 2006.

de dolo eventual. ACUERDO: Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v. gr. 382 del CP)».

En virtud de este Acuerdo, se solventa la cuestión en él recogida bajo las reglas del concurso real y no del concurso ideal, previsto en el artículo 77. La explicación que ofrece la jurisprudencia cuando se trata de un homicidio, es que lo que se tiene en cuenta a los efectos de aplicar el artículo 77 del Código Penal, no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar que comprende la acción y el resultado¹⁵. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estamos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad, como del de la culpabilidad¹⁶.

3. *La unidad típica de acción*

Como hemos indicado antes, la unidad típica de acción se da cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente y de intrusismo, entre otros). En consecuencia, la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que, contemplados aisladamente, colman las exigencias de un tipo de injusto, se valoran por el Derecho desde un punto de vista unitario. Este tipo de acciones no está exento de controversia. Así, podemos señalar entre las más relevantes las siguientes:

En primer lugar, hemos de destacar la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de las penas, que se da con la aplicación de la unidad típica de acción en el delito de tráfico de drogas. En virtud de las consideraciones de este tipo de acción, el sujeto que se dedica a la venta de drogas durante todos los días del año solo cometería un delito de narcotráfico. Por lo tanto, desde el anterior planteamiento, y siguiendo lo que recoge la jurisprudencia mayoritaria, se podrán realizar numerosos actos reiterados de venta de sustancia estupefaciente y solo se cometería

¹⁵ Vid. STS Sala Segunda de 19 de octubre de 2001.

¹⁶ Vid. STS Sala Segunda de 25 de febrero de 2010 que señala «matar a varias personas, aunque se produce a través de una sola acción, implica diversos injustos típicos de la misma naturaleza en concurso real».

un delito, situación que solo se vería interrumpida en el momento en que el sujeto activo es objeto de detención o de una imputación o citación para defenderse en la investigación seguida por unos hechos. En ese instante, considera la jurisprudencia, se produce la ruptura desde el punto de vista jurídico: la solución de continuidad. Ya no habrá un punto y seguido, sino un punto y aparte. Quien vende droga todos los días y es sorprendido, detenido e ingresado en prisión, solo habrá cometido un único delito contra la salud pública. Sin embargo, establece la jurisprudencia, si quien ha sido sorprendido vendiendo una dosis de cocaína, es detenido y, al ser puesto en libertad, vuelve a vender otra papelina, habrá cometido dos delitos contra la salud pública¹⁷.

El anterior criterio jurisprudencial, claramente beneficioso para el sujeto que se dedica al tráfico de drogas, da lugar en algunos casos a la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de las penas, en el sentido de que dos conductas netamente diferentes en cuanto al desvalor de la acción, realizadas por el mismo sujeto, pueden dar lugar a la imposición de penas muy similares en cuanto a su sanción penal. Así tenemos, que una persona que se dedica a la venta de marihuana, de forma prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, podrá ser sancionada penalmente de acuerdo con el artículo 368 del Código Penal con una pena de prisión de 1 a 3 años. Sin embargo, la misma persona, tras haber sido detenida por esos hechos y puesta en libertad a las 72 horas, es detenida nuevamente y de forma inmediata, tras su puesta en libertad, con 2,5 kg de marihuana (cantidad de notoria importancia), podrá ser condenada, de acuerdo con el artículo 369, a la pena superior en grado prevista en el artículo 368 del mismo texto punitivo, es decir, se le podrá imponer una pena cuyo marco se puede fijar entre 3 y 6 años de prisión, sanción claramente desproporcionada, porque, por las acciones delictivas que ha llevado a cabo bajo la figura de la unidad típica de acción, se le podrá imponer como máximo 3 años de prisión, y por la acción única que ha realizado tras recuperar la libertad, como mínimo se le podrá imponer una pena de prisión de 3 años que puede llegar hasta los 6 años.

En nuestra opinión, el tratamiento más equitativo sería el considerar determinados actos de narcotráfico, de carácter grave y prolongados en el tiempo, con una cercanía temporal, como delito continuado. Este planteamiento sería el más adecuado, aunque se encuentra con el inconveniente de que un importante sector de la jurisprudencia considera que no existen varios delitos por el hecho de que se hayan producido varios actos de venta de droga. En general, se niega la posibilidad de continuidad delictiva.

¹⁷ Vid. STS Sala Segunda de 11 de abril de 2016.

Incluso cuando la actividad se ha desarrollado durante un largo lapso de tiempo. O, más aún, aunque haya habido interrupciones temporales (actividad de comercialización interrumpida y reanudada más tarde). La variedad de sustancias tampoco tiene un efecto multiplicador del número de infracciones por cuanto el bien jurídico protegido es idéntico¹⁸.

Sin embargo, hay una corriente jurisprudencial que admite la continuidad delictiva en los delitos de narcotráfico, y que, por tanto, deja orillada la unidad típica de acción. En esta corriente se ha apreciado en algunos casos la *continuidad delictiva* en delitos contra la salud pública en la modalidad de *tráfico de drogas* y se contrae a casos en los que concurren varias operaciones de *tráfico de drogas* de notable envergadura, en las que, debido a la complejidad, relevancia y sofisticación de las conductas, se considera que no pueden integrar un único delito, pero tampoco se acude al concurso real¹⁹.

4. *Continuidad delictiva*

En el discurso de la continuidad delictiva hay notorias cuestiones que suscitan intensos debates, como el momento de su consumación, cómputo de la prescripción, sanción en los delitos patrimoniales y el tratamiento del caso en que el sujeto ha sido condenado como autor de un delito continuado y, tras la condena, es condenado por otro hecho cometido en el mismo período en que se apreció la continuidad delictiva; del mismo modo, los supuestos en que, habiéndose cometido una pluralidad de acciones, quedan fuera del ámbito de la regulación de la continuidad delictiva. Analizaremos únicamente las dos últimas cuestiones por la limitación de espacio que tenemos en el desarrollo de este artículo

- a. Condenado como autor de un delito continuado y, tras la condena, es condenado por otro hecho cometido en el mismo período en que se apreció la continuidad delictiva

Este caso se trata en la STS, Sala Segunda, 327/2016, que recoge la siguiente doctrina:

¹⁸ Vid. STS Sala Segunda 730/2012.

¹⁹ Vid. STS Sala Segunda, de 3 de febrero de 2014.

«El recurrente plantea otra cuestión no exenta de interés, relativa a la forma en la que debe actuarse cuando el acusado, ya condenado por determinados hechos cometidos en un lapso temporal determinado, es condenado posteriormente por otros hechos, distintos de los anteriores, cometidos en el mismo periodo, y que pudieran haber sido considerados, en conjunto, como constitutivos de un delito continuado.»

La ley vigente no contempla expresamente una fórmula para resolver esta cuestión, como podría ser la determinación de la pena máxima por parte de uno de los tribunales que dictaron las sentencias condenatorias o por un tribunal superior, y la jurisprudencia, que no ha negado la posibilidad de enjuiciar las conductas distintas de las anteriores ya juzgadas, ha tendido a recomendar el examen de la pena máxima imponible al conjunto de los hechos a través de la hipotética sanción al delito continuado, para tratar de evitar que, al imponer la pena correspondiente al último enjuiciamiento, aquella sea superada por la suma de las penas impuestas en los distintos procesos».

La solución que ofrece la sentencia es plenamente aceptable ya que, de no actuarse de la forma que se indica, se darían dos escenarios: de una parte, el enjuiciamiento por separado supondría un perjuicio para el justiciable, ya que el cumplimiento de ambas penas no guardaría proporción; por otra parte, tampoco cabría dejar de sancionar los hechos ejecutados y sentenciados en segundo término. En consecuencia, la solución para resolver el problema planteado es la que propone la sentencia reseñada, es decir, el examen de la pena máxima imponible al conjunto de los hechos a través de la hipotética sanción al delito continuado²⁰.

b. Supuestos en que, habiéndose cometido una pluralidad de acciones, quedan fuera del ámbito de la regulación de la continuidad delictiva

En la cuestión planteada en el epígrafe, se alude a casos de delitos que en su descripción típica acogen una pluralidad de acciones, y que pueden sembrar la duda de si tales acciones deben ser tratadas como continuidad delictiva o como una unidad natural de acción. La STS 141/2018 señala en relación con estos delitos que:

«Han de excluirse de la continuidad delictiva los delitos en que el tipo acoge ya una pluralidad de acciones. Un ejemplo de ello puede ser el art. 399 bis (falsificación de tarjetas de crédito: STS 451/2012_30 mayo), como

²⁰ Vid. GARCÍA SAN MARTÍN, J. «Doctrina Penal Actualizada» 2.ª edición ampliada y revisada, Tirant lo Blanch, 2020 p. 108.

también todos los tipos que contemplan una actividad desplegada por necesidad en el tiempo. Así sucede con el delito de blanqueo de capitales (SSTS 974/2012, de 5 diciembre, 257/2014, de 1 abril) o 165/2016, de 2 de marzo) y particularmente con los delitos de tráfico de drogas.

En los delitos contra la salud pública se admitió en ocasiones la continuidad delictiva. (SSTS 986/2004, de 13 septiembre, 500/2015, de 24 julio ó 972/2006, de 28 septiembre); pero la jurisprudencia más actual se muestra renuente a admitir un delito continuado de tráfico de drogas»²¹.

Aclarado con la jurisprudencia citada la duda planteada en este apartado, el debate que debe surgir en torno a este tipo de delitos es fijar el momento en que esa pluralidad de acciones, que quedan excluidas de la continuidad delictiva, pueden retornar a este reducto jurídico, como, de forma minoritaria, reconoce la jurisprudencia esta posibilidad en el delito de tráfico de drogas. También reconoce la jurisprudencia que cabe volver a la continuidad delictiva en el delito de blanqueo de capitales y falsificación de tarjetas de crédito, y esta posibilidad se daría cuando se produce una interrupción del dolo para dar paso a uno nuevo y renovado, siempre que concurran los requisitos de la continuidad delictiva.

²¹ Ibidem, p. 107.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: breve referencia a la jurisprudencia menor

Julio Ballesteros Sánchez
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Salamanca



INTRODUCCIÓN

EL 23 DE DICIEMBRE DE 2010 la reforma del Código Penal terminaría con la vigencia del principio *societas delinquere non potest*¹. Igualmente, la Circular 1/2011 de 1 de junio asevera que se ha abandonado el citado axioma por razones de política criminal. Sin embargo, para algunos autores la lo 5/2010 no supone romper con el viejo principio *societas delinquere non potest*, sino que estaríamos tan solo ante el quiebre de la locución latina *societas puniri non potest*². Para estos autores, se considera a las personas jurídicas responsables, sin implicar que el delito es cometido por ellas mismas, por los hechos cometidos por personas físicas vinculadas a la empresa siempre y cuando se den determinadas circunstancias.

En buena medida, este cuestionamiento estaba siendo favorecido por la interpretación literal del artículo 31 bis apartado primero del CP donde se afirma: «Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas».

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, pág. 162.

² GÓMEZ MARTÍN, V., «Falsa alarma: *societas delinquere non potest*», en ONTIVEROS ALONSO, M., (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 209.

Más allá del debate dogmático penal³ y procesal⁴, que sin ninguna duda es importante, nos interesa resaltar brevemente en este trabajo la aplicación práctica en nuestros tribunales de dicha responsabilidad desde la perspectiva de las garantías⁵. En todo caso, es indudable que este tipo de responsabilidad intenta enfrentar uno de los nuevos problemas que se presenta en nuestras sociedades⁶, la *corporate crime*.

I. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA N.º 417/2017

La Audiencia Provincial de Valencia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su sentencia n.º 417/2017 de 15 de junio.

En el caso que se nos presenta el titular de la empresa es Clemente, quien posee el 99.88% del capital de la empresa Top Recambios SL (entidad que realiza tareas de reparación de vehículos). La Audiencia condena al titular de la empresa y a la propia empresa por seis delitos fiscales (fraude del Impuesto del IVA y del Impuesto de Sociedades) que datan del periodo 2011 al 2013. Indudablemente, Clemente es parte de la cúspide de la empresa, por lo que el régimen de imputación de la persona jurídica se

³ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 3.ª edición. Navarra: Aranzadi, 2009. SILVA SÁNCHEZ, J., «La exigente de «modelos de prevención de delitos». Fundamento y bases para una dogmática», en RAGUÉS I VALLÈS y ROBLES PLANAS, R., (Dir.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Barcelona: Atelier, 2018. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008. LAUFER, W., «La culpabilidad empresarial y los límites del derecho», en GÓMEZ JARA DÍEZ, C., (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

⁴ GARCÍA CAVERO, P., «Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa», *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 109, 2018. NEIRA PENA, A., «La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal», *Política Criminal*, Vol. 11, núm. 22, 2016. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Revista Penal*, núm. 35, 2017. VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Dir.), *Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Aranzadi, 2017.

⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, pág. 164.

⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca. Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, pág. 113.

corresponde con el articulado en el apartado primero del artículo 31 bis, reservado este para los cuadros superiores de las organizaciones.

Lo primero que debemos resaltar es que estamos ante una sentencia de conformidad tras haber alcanzado un acuerdo sobre los hechos en cuestión, su calificación jurídica y la penalidad a imponer a las partes. Clemente aceptó la responsabilidad en su nombre y en el de la persona jurídica. Esta aceptación a su vez se materializó procesalmente a través de los abogados defensores. En particular se afirma: «prestaron conformidad los letrados defensores que no consideraron necesaria la celebración del Juicio». En efecto, se ha satisfecho lo estipulado en la Circular n.º 1/2011 de 1 de junio, pues el representante de la empresa ha prestado consentimiento, junto con el de su letrado, para llegar a un acuerdo de conformidad según lo previsto en la LECRIM (arts. 655, 694, 697, 784.3 y 787).

De haber asumido únicamente la responsabilidad la persona física sin oír al representante de la empresa habría que haber absuelto a la persona jurídica. Así lo pone de relieve la SAP de Madrid n.º 373/2017 de 2 de junio en su Fundamento de Derecho 4.º cuando señala:

Ambrosio al ser preguntado reconoció los hechos de los que le acusaba el Ministerio Fiscal, en su propio nombre. (...) La Abogada del Estado no solicitó reconocimiento de hechos por la persona jurídica, únicamente formuló preguntas a los acusados el Ministerio Fiscal y repetimos que éste no formulaba acusación a la persona jurídica. No se ha producido, por tanto, ni reconocimiento de los hechos, ni se ha practicado ninguna prueba en el acto de juicio oral respecto de la culpabilidad de la persona jurídica.

Por otro lado, es interesante detallar que no concurría ninguna otra circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Por lo tanto, podemos aseverar que la corporación no tenía implementado ningún *compliance*. Los hechos en cuestión acontecieron entre 2011 y 2013, época en la que el Código penal aun ofrecía escaso detalle sobre cómo deberían ser los controles internos, de naturaleza preventiva⁷, para evitar la aparición de conductas delictivas de forma eficaz. Esa concreción de los elementos del programa de cumplimiento no llegaría hasta la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Esta ley modificó la configuración del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas realizando, como señala el preámbulo, una mejora técnica que delimita «adecuadamente el contenido

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Prólogo», en MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Terrorismo, delincuencia organizada y justicia transicional: reflexiones y propuestas penales desde la Universidad de Salamanca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020, pág. 11.

del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal».

Respecto de los hechos concretos en cuestión, hay que saber que Clemente era, además de titular, el administrador único de la empresa y quién tomaba todas y cada una de las decisiones de la empresa durante esos años. Igualmente, los hechos acreditados señalan que las irregularidades contables atribuibles a Clemente y Top Recambios se materializaron en una ocultación de ingresos por ventas, en la falta de control de la cuenta de caja y en la no aplicación de un criterio lógico en la valoración de las existencias. De este modo, se produjo una ocultación de las bases imponibles.

En consecuencia, fueron estos los hechos que se reprocharon a la persona jurídica, sin que se argumentara en la sentencia de forma motivada el concreto reproche a la persona jurídica sobre la base de hechos propios que pueden sostenerse más adecuadamente desde los modelos de autorresponsabilidad. En efecto, la sentencia se acogió a argumentos propios de la responsabilidad vicarial con claros tintes de responsabilidad objetiva. La sentencia no plasma serios esfuerzos de motivación desde el punto de vista de la teoría del delito en lo que se refiere al defecto de organización y la culpabilidad de la persona jurídica.

Ello debe ser criticado, pues como se ha recogido en la STS n.º 514/15 de 2 de septiembre de 2015, no importa si estamos ante un modelo vicarial o de autorresponsabilidad. En cualquier caso, todo «pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal».

También insiste en ello la STS n.º 154/2016 de 29 de febrero de 2016 al afirmar:

Ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos.

Desde el punto de vista del Ministerio Público también se ha abordado esta cuestión. La Circular 1/2016 de 22 de enero determina sobre tal extremo:

Debe finalmente quedar claro que no se propone un sistema de responsabilidad automática de la persona jurídica pues, independientemente de que sea la conducta de personas físicas la que transfiera a esta su

responsabilidad, el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa.

Por el contrario, en otras ocasiones, es el caso del Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2018, causa «Caixabank», la autoridad judicial sí ha realizado un esfuerzo para determinar las irregularidades propias de la persona jurídica. Es decir, desde la propia instrucción judicial de la causa se ha tenido en cuenta la identificación de conductas que son atribuibles a la propia persona jurídica. En efecto, el instructor abordó la causa desde una perspectiva corporativa.

Señala el Auto: «En ningún caso CAIXABANK realizó examen especial sobre ellos ni comunicación por indicios al SEPBLAC. Después de recibir el requerimiento, la entidad debería haber realizado comunicación por indicios, pero siguió sin hacerlo»⁸; «las oficinas reseñadas incumplieron la propia normativa bancada de la entidad CAIXABANK respecto a las obligaciones de diligencia, como el conocimiento del cliente, acreditación del origen de los fondos, seguimiento de la relación de negocio, diligencia reforzada aún más en el caso de corresponsalía transfronteriza»⁹.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia carece de fundamentación sobre el reproche concreto a la empresa con base en un hecho propio que se relacione con el defecto de organización y la cultura de fidelidad a las leyes¹⁰. La actuación de la persona física no ha sido simplemente un presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que se constituye como su único fundamento. Probablemente esto se viera favorecido también por el hecho de tratarse de una sentencia de conformidad. Asimismo, no es posible descartar que exista una falta de experiencia en casos de esta naturaleza dentro de nuestro sistema judicial¹¹. Pese a que esta responsabilidad se introdujo en 2010 su recorrido en los tribunales ha sido limitado. En España habitualmente los

⁸ CAIXABANK Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, de 18 de abril de 2018, pág. 8.

⁹ Ibidem, pág. 20.

¹⁰ Hay otras concepciones de culpabilidad corporativa. Algunas de ellas vinculadas a la culpabilidad reactiva, el defecto de organización, la ética empresarial o la culpabilidad por la política empresarial.

¹¹ En esta primera fase de aplicación de nuestros tribunales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas han acontecido algunos errores llamativos (imputación de delitos que no están dentro del régimen del 31 bis, imposición de penas de multa en cuantías inferiores al mínimo permitido, déficit de justificación del injusto y de la culpabilidad corporativa, cuestiones de *non bis in idem* etc.).

grandes casos de delincuencia económica cuentan con la intervención de la Fiscalía contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada pero quizás sería conveniente, al igual que sucede en Francia y Alemania¹², contar con tribunales especializados.

II. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA N.º 194/2019

En la Sentencia 194/2019 de 26 de abril de la Audiencia Provincial de Granada se condena a dos personas físicas y una jurídica por un delito continuado de estafa en su modalidad agravada, atendiendo a que la cuantía defraudada supera los 50.000€. La empresa ha sido condenada al pago de 277.546€. La citada empresa, tal y como se recoge en el Fundamento de Derecho segundo, no podrá «acogerse a la causa que legalmente exime a la persona jurídica de los delitos cometidos por sus representantes legales de acuerdo con el apartado 2 del precepto, pues no consta iniciativa alguna en esta sociedad para la adopción de modelos o sistemas de control y supervisión dirigidos a prevenir o minimizar el riesgo de la comisión de delitos patrimoniales en el seno de su actividad empresarial por los encargados de su gestión». Si bien es cierto que la sentencia justifica razonablemente la no concurrencia en la persona jurídica de una causa de exención de la pena, pues la empresa no disponía de programa de cumplimiento, también lo es que el fundamento del reproche a la empresa atiende claramente a criterios de marcada naturaleza vicarial. Así, los hechos relatados en la sentencia describen la actuación coordinada de Teodoro y Jenaro en cuanto al plan criminal, sin que se acredite que hechos propios son atribuibles a la persona jurídica. La no existencia de un plan de cumplimiento normativo no supone, *per se*, que la empresa se encuentre en una situación de estado de cosas contrario a Derecho¹³ ya que no es un deber de las empresas contar con estos programas.

La existencia de un delito corporativo exige algo más que la simple actuación coordinada de los sujetos intervinientes¹⁴. Según ZÚÑIGA RO-

¹² NEIRA PENA, A., «La competencia en las causas penales seguidas frente a las personas jurídicas», Revista Xurídica Xeral, núm. 206, 2019, págs. 62-63.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La eximente de «modelos de prevención de delitos». Fundamento y bases para una dogmática», en RAGÚES I VALLES, Ramón y ROBLES PLANAS, Ricardo (directores), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018, pág. 240.

¹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.º Edición, Civitas, Madrid, 2016, págs. 66-67.

DRÍGUEZ, las empresas «deben controlar los riesgos que despliegan en su propia actividad y que es en su propio beneficio»¹⁵. Las organizaciones deberán ejercitar la debida diligencia para evitar y detectar la conducta delictiva promoviendo, mediante distintos instrumentos, una cultura organizativa que incentive la conducta ética, así como también el compromiso de cumplir fielmente con la ley. Todo ello, con la finalidad de convertirse en un «buen ciudadano corporativo»¹⁶ o, por lo menos, que la organización no promueva espacios crimípetos en su interior. Igualmente, CIGÜELA SOLA señala que el injusto organizativo se constituye a través de «aquellos factores estructurales de origen no individualizable que hayan favorecido o incentivado, por encima del riesgo permitido, la comisión de un delito individual en su seno»¹⁷.

En la presente sentencia la actividad probatoria de la acusación particular y el Ministerio Público no versó sobre el defecto de organización, la creación de riesgos corporativos no permitidos o la deficitaria cultura de legalidad y ética de la organización¹⁸. Por tanto, la presunción de inocencia de la persona jurídica debió seguir intacta con independencia de que se opte por un modelo vicarial o de autorresponsabilidad. No cabe duda que la presunción de inocencia es un derecho que asiste a la persona jurídica¹⁹ al igual que el principio de *in dubio pro reo*²⁰.

En lo que quiere incidirse en es el hecho de que se produjo cierto automatismo entre la condena a la persona física y la jurídica. Esto es propio de la responsabilidad objetiva. No siendo, por tanto, únicamente los hechos de la persona física un presupuesto para la condena de la empresa sino, también, su propio fundamento. Si se produce una identidad entre el comportamiento de la persona natural y el de la persona jurídica entonces, tal y como señala DEL MORAL GARCÍA, «el *non bis in idem* debiera conducir

¹⁵ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Aranzadi, 3.ª edición, Navarra, 2009, pág. 306.

¹⁶ ZYSMAN QUIRÓS, D., *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 168.

¹⁷ CIGÜELA SOLA, J., «El injusto estructural de la organización», *Indret*, enero 2016, pág. 12.

¹⁸ Una cultura organizativa centrada en el cumplimiento es aquella que disuade y desalienta el delito de forma planificada. Vid. BALMACEDA HOYOS, G., y GUERRA ESPINOSA, R., *Políticas de prevención del delito en las empresas*. Parte General, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2014, pág. 27.

¹⁹ MAZA MARTÍN, J., *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Wolters Kluwers, Madrid, 2018, pág. 357.

²⁰ Sin embargo, si adaptó una posición garantista la Sentencia 4/2020 de 13 de febrero del Juzgado de lo Penal N.º de Avilés. Absolvió a la persona jurídica al no haberse acreditado, sin lugar a dudas, por la Fiscalía y la acusación particular el defecto estructural u organizativo de carácter grave.

a levantar el velo (en esta ocasión pro reo) y a no imponer más que una sola pena»²¹.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Analizados los hechos en cuestión puede concluirse que en los casos que hemos examinado existe una identidad entre el reproche a la persona física y la jurídica. Difícilmente podremos considerar que el factor clave del hecho criminal de la persona jurídica es la existencia de una cultura irrespetuosa con la legalidad, en todo caso, la cultura existente es únicamente la del administrador. Es decir, el *management* de la empresa seguirá siendo únicamente el que el titular de la empresa desee, pues no existen códigos, procedimientos o políticas internas (*compliance penal*) que contengan significativamente el riesgo de lesión de bienes jurídico-penales. Asimismo, la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica tiene en este caso un marcado carácter vicarial, lo que nos conduce a una inaceptable culpabilidad por el hecho ajeno que no es compatible con las exigencias propias de un Derecho penal constitucional.

Los primeros pasos, de un largo camino, para la construcción o reinterpretación de la Teoría del Delito para la persona jurídica ya se han dado. Este camino estará lleno de obstáculos y polémicas, pero, en todo caso, las garantías son la clave de bóveda de nuestra tradición jurídica y una condición básica en todo Estado de derecho. Tampoco podemos olvidar, recordando las palabras del profesor Berdugo, que «nuestra sociedad de hoy es muy distinta de aquella para la que se construyeron los primeros Códigos»²². La sociedad y la delincuencia se han transformando a lo largo de los años, por ello, el Derecho penal también debe ser capaz de adaptarse para prevenir y reprimir de manera eficaz las nuevas formas de criminalidad que hoy deterioran gravemente el Estado del bienestar.

²¹ DEL MORAL GARCÍA, A., «Responsabilidad penal de personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015», Revista del Ministerio Fiscal, número 0, 2015, pág. 230.

²² *BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca. Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, pág. 113.

Los distintos concursos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Magistrado Sala Segunda Tribunal Supremo



A Ignacio.

Al que quiero como hermano
admiro como persona y
envidio como jurista

I. CONCURSO DE NORMAS

EN EL CONCURSO DE NORMAS el hecho es único en una doble vertiente de natural (de la realidad) y jurídica (de la valoración) pues el hecho lesiona del mismo modo el bien jurídico que es tutelado por las normas concurrentes, por lo que el contenido del injusto y de reproche del hecho queda totalmente cubierto con la aplicación de solo una de dichas normas penales, haciendo innecesaria la aplicación de las demás. Es decir, la idea central en todo concurso aparente de normas es que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la Ley y expresada en la pena que la misma Ley señala para esa conducta abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal. Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, supone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución,

tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito-hecho acompañante –y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo-hecho posterior impune o acto copenado–.

En definitiva, como recuerdan las SSTs 342/2013, de 17 de abril; 97/2015, de 24 de febrero; 454/2015, de 10 de julio, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos penales que convergen en la definición del concurso es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma pues parte de un fundamento de suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador (art. 8 CP) para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (STs 254/2011, de 29 de marzo).

II. EL CONCURSO DE DELITOS

Tiene lugar cuando concurran también sobre un mismo hecho varios preceptos que no se excluyen entre sí, siendo todos aplicables, por cuanto el hecho lesiona más de un bien jurídico, cada uno de los cuales es tutelado por un precepto penal diferente, de modo que para responder al diverso contenido del injusto del hecho deben ser aplicadas las distintas normas que tutelan los diversos bienes jurídicos frente a acciones que también son diversas (SSTs 671/2006, de 21 de junio; 1182/2006, de 29 de noviembre; 1323/2009, de 30 de diciembre).

2.1. *Concurso ideal y concurso medial*

Art. 77 CP (tras la reforma LO 1/2015):

- «1.º Lo dispuesto en los dos artículos anteriores –que regulan el concurso real– no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.
- 2.º En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la

que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

- 3.º En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizara la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior».

El primer caso es el concurso ideal propiamente dicho que se produce no solo en el caso de que el acto único produce un único resultado pero varias relaciones jurídicas, sino también en el caso de que un mismo acto produzca varios resultados ya homogéneos, ya heterogéneos.

El segundo caso concurre cuando se comete un hecho delictivo como medio necesario para cometer otro: concurso medial, también conocido como teleológico o instrumental o ideal impropio, que es una modalidad de concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos) sancionada como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos).

El concurso medial es un supuesto de pluralidad de acciones y consecuentemente un concurso real. Se trata, sin embargo, de un concurso real en el que la pena única total del hecho excepcionalmente no se rige por el principio general de acumulación, con los límites previstos en el art. 76, sino por la regla específica que establece el art. 77.1, supuesto paradigmático de la modalidad pluriofensiva (concurso ideal) es el caso del que lesione a un agente de la autoridad, que constituye un delito de atentado y otro de lesiones, y lo es de la modalidad medial la falsedad en documento mercantil para cometer una estafa. En sentido estricto sólo el primer supuesto constituye un concurso ideal, en tanto el segundo se trata propiamente de una modalidad o subforma del concurso real, que al tiempo de su penalización se acomodaba al sistema propio del concurso ideal, cuya asimilación, criticada por un importante sector doctrinal, para encontrar un fundamento en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador asimila al caso de unidad de acción, si bien evidentemente no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesaria, esto es que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que

haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá de mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron. Por ello habrá casos en que aunque pudiera existir una relación de medio a fin en el propósito del sujeto, faltaría el nexo de necesidad. Exigido al respecto por la ley, la dificultad estaría en determinar en cada caso si concurre o no la mencionada necesidad.

En resumen para la existencia de concurso medial no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el ánimo del sujeto, sino que entre los diversos hechos constitutivos de diferentes delitos ha de haber una conexión de necesidad de carácter objetivo a deducir en cada supuesto de los distintos elementos concurrentes en el caso, de modo tal que puede decirse que uno de ellos fue imprescindible para la comisión del otro.

Por ello hemos dicho en STS 326/98, de 2-3; 123/2003, de 3-2; 297/2007, de 13-4, que para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulta que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el o los delitos precedentes, pues el precepto atiende la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no al orden teleológico individual.

Por consiguiente, no es suficiente con que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo previo, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales o espaciales.

«No es fácil constatar –dice la STS 297/2007– el requisito de la necesidad medial, pero la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que no es posible la contemplación abstracta de la cuestión, lo que haría imposible la estimación del fenómeno jurídico, sino en concreto, eso es, se ha de analizar si de la específica situación fáctica del delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro. Se produce de esta forma una determinada inescindibilidad de las relaciones típicas, que alcanza su máxima expresión en el denominador «juicio hipotético negativo», que debe efectuarse en una consideración «ex ante», comprobado si en esa concreta situación el segundo delito no hubiere podido producirse de no haberse cometido previamente el delito medio».

No obstante, la justificación político criminal de esta sentencia es altamente dudosa dado que no se explica por qué razón cometer un delito para favorecer la comisión de otro debe ser menos punible que cometer

más de un delito sin conectarlos medialmente entre ellos, supuesto en que es aplicable el art. 73.

2.2. *Casuística*

En cuanto a la casuística en relación a la aplicación del concurso medial e ideal de delitos y concurso de leyes o normas podemos señalar:

2.2.1. En los robos y detenciones ilegales «cuando la privación de libertad deambulatoria de la víctima se ejecuta en el seno de un delito de robo con violencia o intimidación la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (art.8 CP) o de delitos, real (art. 73) o medial (art. 77) ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal (SSTS n.º 1372/2011, de 21 de diciembre; 1424/2005, de 5 de diciembre). Si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento; en caso contrario estaremos en un concurso de delitos (SSTS n.º 479/2003, de 31 de marzo; 12/2005, de 20 de enero; 383/2010, de 5 de mayo y 1323/2009, de 30 de diciembre).

Las posibilidades en los robos y detenciones ilegales son, básicamente, tres:

1. Se descarta el concurso de delitos en los supuestos de mínima duración temporal, en los que el compromiso de la libertad queda ceñido al tiempo y la ocasión del despojo conforme a la dinámica comisiva empleada. De esta manera, el robo absorbe (art. 8.3 CP) al posible delito de detención ilegal ya que *per se* afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad ambulatoria del perjudicado (SSTS n.º 501/2004 de 14 de abril y 430/2009, de 29 de abril).
2. Habrá concurso medial de delitos cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo y se produzca durante la ejecución de éste, si la privación de libertad por sí misma en su ejecución y circunstancias (inmovilización, encierro, ataduras etc.) tiene una relevancia tal que rompe la estricta relación de funcionalidad, afectando de manera autónoma al bien jurídico tutelado por el delito de detención ilegal, que, por ello, resultaría desprotegido con la

sola aplicación del delito contra la propiedad (vid. en esta línea, STS n.º 178/2007, de 7 de marzo, entre muchas).

3. El concurso sería real cuando la privación de libertad tenga lugar después de cometido el robo o se prolongue de manera gratuita, desde el punto de vista de la necesidad de asegurar el fin perseguido por este, para el que, por ello, en el exceso o la prolongación, ya no sería medio (STS n.º 273/2003, de 28 de febrero, también entre muchas otras).

2.2.2. Por contra, se descarta el concurso medial entre el delito de hurto de uso y robo violento, aunque en la intención del autor el uso del vehículo fuese el medio diseñado para la comisión del delito, al faltar el elemento de la necesidad. De igual manera, se excluye el concurso medial entre el delito de tenencia lícita de armas y el robo violento (STS n.º 504/2003, de 2 de abril).

2.2.3. Tampoco se aprecia el concurso medial entre homicidio y tenencia ilícita de armas pues «la autonomía de las dos infracciones resulta palmaria» (STS n.º 1458/2004, de 10 de diciembre).

2.2.4. El robo de armas a un policía y la tenencia ilícita de armas tampoco entraría en concurso medial pues no existe «una conexión de necesidad de carácter objetivo» (STS n.º 460/2006, de 26 de abril). Para esta resolución «la figura del concurso medial no resulta fácilmente aplicable a supuestos en los que el pretendido delito fin sea de los llamados de carácter permanente o de efectos permanentes, que algún sector doctrinal han caracterizado como causantes de un estado de consumación permanente, pues en estos casos, aun cuando el inicio del delito pudiera ponerse hipotéticamente en relación de medio a fin con otra infracción, lo cierto es que al mantenerse la consumación por un tiempo relevante esa primera infracción deja de tener la consideración de necesaria».

2.2.5. Es obvio que para la detención ilegal no es precisa, en sentido objetivo, la causación de lesiones físicas, por lo que su concurrencia será de acuerdo a las normas del concurso real (STS n.º 590/2004, de 6 de mayo).

2.2.6. En cuanto a las agresiones sexuales y detenciones ilegales «cuando la privación de libertad de la víctima no está completamente desvinculada del ilícito acto (de agresión sexual), ni se desarrolla durante el tiempo estrictamente imprescindible del episodio central del delito (de agresión sexual), –aunque no pierda su relación con la actividad atentatoria a la libertad

sexual-, la privación de libertad de la víctima alcanza entidad propia y es penalmente reprochable por sí misma, aunque por el contexto en que se desarrolla ha de considerarse como un medio para alcanzar el objetivo pretendido por los autores, de suerte que deberá ser contemplada como un instrumento al servicio del proyecto perseguido. Dicho en otras palabras, se trataría de un delito cometido como medio necesario para cometer el principal perseguido por los autores, por lo que estaríamos ante un concurso medial o instrumental contemplado en el art. 77 CP» (SSTS n.º 48/2012, de 1 de febrero, 1024/2011, de 11 de octubre, 1250/2009, de 10 de febrero).

2.2.7. El delito de falsedad en documento mercantil, arts. 392 y 390 a diferencia de la falsedad en documento privado, constituye un delito autónomo respecto a la estafa correlativa, en concurso medial (SSTS n.º 1016/2010, de 24 de noviembre, 1538/2005 de 27 de diciembre, 1409/2002 de 6 de septiembre, 441/2006, de 5 de abril).

2.2.8. El robo con violencia y las lesiones causadas durante su ejecución entran en concurso real y no medial (STS n.º 201/2009, de 28 de febrero).

2.3. Determinación pena en el concurso medial tras la reforma LO 1/2015

La doctrina del TS ha interpretado el nuevo apartado 3 del art. 77 CP (SSTS 863/2015, de 30 de diciembre; 28/2016, de 28 de enero; 34/2016, de 2 de febrero; 95/2016, de 17 de febrero; 444/2016, de 25 de mayo; 125/2018, de 15 de marzo, en el sentido de que el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo.

El límite mínimo no se refiere a la pena «superior en grado» de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, la pena de nueve años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de nueve años y un día.

El límite máximo de la pena procedente para el concurso medial no podrá exceder de la «suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito». Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes. Si dicha pena fuese de dos años, el marco punitivo del concurso irá de nueve años y un día como pena mínima, a once años (nueve del delito más grave, más dos del segundo delito) como pena máxima.

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art 66 CP, pero, como señala acertadamente la Circular 4/2015 de la FGE, que sigue este mismo sistema, en ese momento ya no debemos tener en cuenta las «reglas dosimétricas» del artículo 66 CP, porque ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo y, caso de hacerlo, se incurriría en un «bis in ídem» prohibido en el art. 67 CP. Deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado, por ejemplo, el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada de nuevo.

No obstante esta doctrina ha sido matizada en otras sentencias, STS 688/2016 del 27 junio, dado que como puede constatarse la innovación efectuada en el C. Penal genera en la práctica notables **distorsiones** en la aplicación del concurso medial y graves incoherencias axiológicas que se muestran contrarias a la finalidad que con la reforma pretendía llevar a la práctica el legislador. De forma que, siendo lo correcto interpretar el enunciado «*Se impondrá una pena superior a la que habría correspondido...*» en un sentido que no perjudique al reo con el añadido de la expresión «en grado», lo cierto es que las consecuencias a que conduce el nuevo precepto, una vez aplicados los criterios hermenéuticos teleológico y sistemático, resultan perturbadoras y disfuncionales.

En efecto, la redacción de la norma se muestra diáfananamente contraria al objetivo que buscaba el legislador, que no podía ser otro que deslindar punitivamente el concurso ideal propio del impropio o medial, creando así una punición intermedia para el concurso instrumental o medial que se aproximara a la del concurso real y se alejara del concurso ideal propio. Sin embargo, tal objetivo ha quedado sustancialmente frustrado, pues en la práctica la punición del concurso medial en lugar de ocupar el escalón intermedio entre los tres concursos se ubica *de facto* **más bien en el inferior**. Y ello por resultar muy plausible que en un mayoritario número de casos el mínimo punitivo del concurso medial resulte inferior al que en teoría correspondería a un concurso ideal, pues éste siempre que opere lo hará en la mitad superior de la pena, margen que puede fácilmente ser inferior en los casos del concurso medial, dado que debe ser

establecido a partir de un día superior a la pena que en concreto corresponda al delito más grave.

Aunque todo indica que el fin de la nueva norma era exacerbar la pena correspondiente al concurso medial con respecto al concurso propiamente ideal, todo permite entrever que el nuevo texto legal va a conseguir en un importante número de casos un efecto inverso. Lo normal parece que va a ser, pues, que se incremente el descuadre punitivo que se intenta solventar con la reforma, al distanciar al concurso medial del propiamente ideal pero en dirección contraria a la que se pretendía.

De otra parte, el nuevo sistema de cálculo punitivo del concurso medial conlleva que los tribunales procedan a establecer el mínimo de la pena del concurso mediante las reglas propias del marco legal específico (reglas dosimétricas) y también acudiendo a los criterios flexibles de individualización judicial (gravedad del hecho y circunstancias personales). Ello supone que el marco punitivo del concurso medial se configure de una forma que puede considerarse heterodoxa y anómala. Tanto por el hecho de que el marco punitivo del concurso medial ya no lo fija el legislador sino el juez con criterios no poco discrecionales y laxos, como por las circunstancias singulares que se darán al establecer un marco punitivo que se elabora a partir del día siguiente a una pena concreta fijada discrecionalmente, aunque se trate de una discrecionalidad que puede considerarse en gran medida reglada.

Al dejar en manos del arbitrio judicial, aunque éste deba ser siempre razonado y razonable, la fijación del antiguo marco legal del concurso medial, se genera una situación de incertidumbre que tiende a acentuarse al tener que intervenir los jueces y tribunales en una doble operación de individualización judicial para establecer los límites de la pena del concurso y la posterior cuantificación en el caso concreto.

En efecto, no deja de resultar extraño y distorsionador que el tribunal proceda a operar dos veces consecutivas con los criterios genéricos de individualización judicial: primero para fijar la pena concreta que corresponde al delito más grave del concurso, y después una segunda individualización judicial dentro del marco de la pena correspondiente ya al concurso, que ha de ser individualizada activando ya sólo los criterios genéricos de la individualización puestos en relación con la ponderación de los dos delitos que aparecen vinculados merced a una relación teleológica o medial.

Las omisiones, la opacidad y los déficits de motivación punitiva que se observan en la práctica a la hora de individualizar la pena concreta dentro de un marco legal, pueden ahora hacerse bastante más notables al exigirse una doble individualización judicial: la primera para el delito más grave y la segunda para determinar la pena concreta a imponer al concurso

delictivo. Y aunque no es admisible la aplicación duplicada de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, no será fácil tampoco en la segunda individualización judicial prescindir de *facto* de los criterios sustantivos utilizados en la primera.

III. PLURALIDAD DE DELITOS CONCURRENTES Y UNA SOLA ACCIÓN.

CONCURSO REAL O IDEAL. PLENO NO JURISDICCIONAL SALA SEGUNDA DE 20-1-2015

En principio cuando se realiza una sola acción –por ejemplo arrojar una bomba explosiva– y todos los resultados son queridos –o aceptados– por el sujeto agente, responderá de tantos hechos delictivos como resultados causados en relación de concurso real, es decir, cuando el sujeto agente realice una sola acción, pero con el propósito de producir varios resultados delictivos, no hay concurso ideal sino real, porque hay una sola acción con intención plural, que es equivalente a una pluralidad de acciones.

El que dispara solamente un proyectil que atraviesa dos cuerpos humanos y causa la muerte de ambos, no hay duda que comete dos delitos contra la vida (homicidio o asesinato, según los casos). Aspecto este pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia bajo la presencia del concepto normativo de la acción (ya que es uno de los ejemplos paradigmáticos de que una sola acción natural sea considerada por el derecho penal como dos acciones normativas que dan lugar a un concurso real de delitos). Del propio modo, si uno de los disparos hiere a uno de los dos objetivos por los que atraviesa y mata y mata al otro, la acción no puede descomponerse de manera que dé lugar a delitos de naturaleza diferente. Por el contrario, ocurrirá que acontece la existencia de un delito consumado y otro intentado, igualmente de homicidio o asesinado, si la intención de matar se encuentra presente en la realización del hecho criminal, no podemos comprender que una misma bala se haya disparado con ánimos distintos (STS 37/2010, de 22 de enero).

En este sentido el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 20-1-2015, adoptó el siguiente acuerdo: «los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 CP), salvo la existencia de regla penológica especial (art. 382 CP)».

Acuerdo que fue desarrollado en la STS 717/2014, de 29 de enero, en los siguientes términos: «La cuestión, como desarrollaremos a continuación,

ha dado lugar a una larga discusión doctrinal y jurisprudencial. Anticipamos lo que será una conclusión: el problema de fondo es un problema de proporcionalidad de la pena, pues la solución a la pluralidad de delitos causales a una única acción, de acuerdo a la previsión de concurso ideal del art. 77 Cp. que, *a priori*, parece ser de aplicación, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica. La pluralidad de resultados, en el concurso ideal, no tiene una previsión penológica distinta de la acción que produce un único resultado, a salvo de la imposición de la pena en su mitad superior, como si se tratara de una agravante. La regla penológica del art. 77 Cp contempla, al imponer la pena al delito más grave en su mitad superior, el desvalor de la acción pero no el desvalor de los resultados distintos y plurales, y el resultado siempre ha sido tenido en cuenta por el legislador penal (por ejemplo, en la tentativa).

Por otra parte, el ejemplo, elaborado por la doctrina, del padre que decide matar a sus hijos y se plantea dos modalidades de conducta, matarlos uno a uno arrojándolos por un precipicio, o precipitar por el mismo precipicio un vehículo con los hijos en su interior, sitúa la discusión en un clarificador escenario en el que la misma conducta, matar a los hijos, tiene una distinta penalidad según se opte por las reglas del concurso real o ideal.

Es necesario realizar la interpretación de la norma para determinar el tipo de concurso aplicable a los supuestos de acción única causante de varios resultados, reales o potenciales.

Expondremos las soluciones propuestas y la opción de esta Sala tras el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del pasado 20 de enero de 2015, al que se acudió para unificar criterios de interpretación.

3.1. *Concurso real o ideal*

De acuerdo a la jurisprudencia clásica, los tipos penales aplicados en el caso de nuestra casación, los homicidios, describen conductas que incorporan un resultado, real o potencial. Para dilucidar el régimen concursal ha de tenerse en cuenta, no sólo la «acción» de matar, sino el «hecho» de matar, expresión última que incorpora en su comprensión no sólo la acción desarrollada, también el resultado producido o pretendido, pues si el término «acción», indica una conducta, el de «hecho», aglutina la conducta realizada y el resultado producido. Cuando la acción realizada causa varios resultados estamos en presencia no de una única acción de matar, una acción homicida, sino de tantos hechos como víctimas, o potenciales víctimas, de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, pues sobre cada

uno de ellos se desarrolla la acción y ésta no tiene la misma antijuridicidad y culpabilidad cuando la acción se desarrolla contra una o contra varias víctimas.

En similares términos la STS 1837/2001, de 19 de octubre: «Cuando se trata de un homicidio, lo que se tiene en cuenta a los efectos del art. 77 no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estamos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad, como el de la culpabilidad». También, la STS 122/2010, de 25 de febrero, dice que: «matar a varias personas, aunque se produce a través de una sola acción, implica diversos injustos típicos de la misma naturaleza en concurso real». La STS 365/2013, de 20 de marzo, aun admitiendo la existencia de un debate sobre la cuestión, concluye afirmando que «unidad de hecho no es lo mismo que unidad de acción. Los tipos penales describen no solo conductas sino también resultados. El hecho de matar comprende acción y resultado y no solo acción. En el delito de homicidio «hecho» en sentido penal viene constituido por la muerte de una persona, no por la acción que ocasiona esa muerte». Una última cita jurisprudencial, la 418/2014, de 21 de mayo, de forma más categórica, concluye «en los delitos dolosos hay tantos hechos como resultados en las personas víctimas y, en consecuencia, habrá tantos delitos de homicidio o asesinatos, consumados o tentativa, cuantas fuesen los lesionados».

Esta ha sido la posición de la jurisprudencia. Para ello ha acudido a distintos argumentos. En primer lugar, una interpretación apoyada en la expresión «hecho» del art. 77 Cp, en los términos expuestos anteriormente, para excluir del concurso ideal a los supuestos de concurrencia de una pluralidad de resultados que dan lugar a una pluralidad de delitos homogéneos. También del propio art. 77 Cp. resulta que la norma penológica que prevé se refiere a la concurrencia de delitos penados con distinta pena, lo que parece excluir los supuestos de concurrencia de delitos homogéneos. Un último argumento, también empleado para fundamentar esta dirección jurisprudencial, se refiere a la distinta intensidad, energía criminal, preparación del resultado, de la conducta dirigida a la causación de un único resultado de la que persigue una pluralidad de resultados, queridos o previstos y asumidos. Esa distinta conducta merece una distinta consecuencia, pues el autor que acepta varios resultados incorpora mayor intensidad en su acción, mayor carga de energía criminal, para conseguir la pluralidad de resultados que pretende, o se representa y asume.

La cuestión, no obstante, no es pacífica. Conocidos son las divergencias que gran parte de la doctrina penal mantiene frente a esta posición de

la jurisprudencia. Incluso nuestra jurisprudencia se ha hecho eco de la dificultad de la cuestión. En algunos pronunciamientos se ha mantenido que la concurrencia de delitos homogéneos, derivados de una única acción, ha de ser regulada por la norma del concurso ideal. Así la STS de 23 de abril de 1992, (Sentencia de la Colza), afirma «partiendo del carácter personal de lo ilícito es evidente que la pena se dirige contra la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos pues el delito es acción, es decir, una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano. Es indudable que si sólo las acciones puedan infringir una norma, de infracciones de la norma dependerá el número de acciones». En un sentido similar, la STS 357/2002, de 4 de marzo. En esta construcción el resultado, realizado o previsto, apenas tiene relevancia en la conformación de la pena.

En otros pronunciamientos jurisprudenciales se ha argumentado sobre una distinta solución en el régimen en concurrencia, real o ideal, apoyada en la distinta modalidad del tipo subjetivo doloso, dependiendo si es directo o eventual. Así, la STS 861/97, de 11 de junio indica «si el sujeto pretende alcanzar con su acción la titularidad de los resultados producidos (dolo directo) y dichos resultados constituyen la lesión de otros bienes jurídicos protegidos, habría que concluir que estamos en presencia de varios «hechos» punibles en concurso real. Cuando la voluntad del sujeto afecta directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado previsto pero no directamente perseguido (dolo eventual), estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existiría unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso». En un sentido idéntico, la STS 187/1998, de 11 de febrero.

En este contexto de dispersión jurisprudencial, la función atribuida a un tribunal de casación, básicamente la de propiciar la unificación interpretativa en aras a asegurar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, llevó a la Sala encargada de la decisión a instar del Pleno de la Sala II un pronunciamiento de unificación.

3.2. *Pleno no Jurisdiccional Sala Segunda Tribunal Supremo de 20-1-2015*

El día 20 de enero de 2015, el Pleno no jurisdiccional de la Sala adoptó el siguiente acuerdo: **«Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser**

tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 CP y 76 CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 del CP)».

En el Acuerdo transcrito se reitera la que ha sido la jurisprudencia clásica de esta Sala sobre el régimen de concurrencia de los delitos con pluralidades de resultados que afectan al mismo bien jurídico, causales a una única acción.

No es objeto del Acuerdo de unificación los supuestos sobre los que no existe una divergencia jurisprudencial. Así, los supuestos de una unidad natural de acción, que permite aglutinar la pluralidad de resultados sobre un bien jurídico de titularidad única; la concurrencia de una pluralidad de resultados heterogéneos causados por una acción, o de una pluralidad de resultados cometidos por imprudencia. Cuando la acción dolosa se subsume en varios tipos penales (concurso ideal heterogéneo), la subsunción en el art. 77 Cp, es clara y uniforme en su interpretación. También los supuestos que se encuadran en la unidad natural de acción que absorbe los plurales resultados que afectan a un único titular del bien jurídico. Por último, tampoco afecta el Acuerdo a los supuestos de una única acción imprudente causante de varios resultados subsumibles en la misma norma penal, que da lugar a un único delito, o en varias normas penales, en cuyo caso la concurrencia se rige por las normas del concurso ideal, pues única es la infracción de la norma objetiva de cuidado.

El Acuerdo se refiere por lo tanto a los supuestos en los que concurre una unidad natural de acción, realizada dolosamente, de la que resultan varios resultados lesivos, de titularidad distinta, que sean subsumibles en la misma ley penal. En otras palabras, los concursos ideales homogéneos, haciendo especial salvedad de las reglas específicas de concurrencia, como la del art. 382 Cp.

En estos supuestos el criterio acordado resuelve la concurrencia bajo las reglas del concurso real, atendiendo a los criterios antedichos al exponer la posición jurisprudencial. El «hecho» de matar al que se refiere el art. 77 para aplicar el concurso ideal comprende acción y resultado, por lo que existen tantos delitos como titulares de los bienes ofendidos. En el caso de concurrencia de varios «hechos», se aplica el régimen previsto en los artículos 73 y 76 del Código penal, concurso real y expresamente excluido el régimen del concurso ideal del art. 77 Cp. Régimen, por otra parte, no previsto para los supuestos de homogeneidad delictiva, al expresar la regla penológica en referencia al delito más grave, supuesto que no se produce en los delitos que se subsumen en la misma norma penal.

Dijimos anteriormente que en el fondo latía un problema de proporcionalidad de la pena pues el régimen del concurso ideal, *a priori* aplicable

a estos supuestos, no prevé una consecuencia proporcionada a la pluralidad de resultados. En este régimen concursal, los segundos y ulteriores resultados no tienen prevista penalidad. Para ahondar en la necesidad de una interpretación que lleve a una solución proporcionada, destacamos la importancia que en la solución que se propugna alcanza el carácter personalísimo del bien jurídico protegido y la extraordinaria relevancia que el mismo alcanza cuando el bien objeto de protección es la vida, la integridad física o la libertad. En efecto, en los delitos contra el patrimonio, cuando el ataque se dirige contra una pluralidad de bienes pertenecientes a distintos titulares, el instituto de la continuidad delictiva, con su variedad del delito masa, el Código proporciona una solución penológica que unifica la pluralidad de acciones mediante la fórmula típica del aprovechamiento de circunstancias, lo que convierte al art. 74 en una regla de determinación e individualización de la pena para aquellos supuestos en los que, no obstante la pluralidad de acciones, éstas se unifican en una, eso sí con una penalidad elevada, que puede llegar a la pena superior en grado, o en dos grados, para los supuestos de delito masa. Pero ese instituto no nos sirve cuando se trata de bienes personalísimos en los que, de manera expresa, se excluye la continuidad. Es necesario acudir a un criterio interpretativo que contemple la pluralidad de resultados y permita la proporcionalidad de la pena, pues no sería lógico que en el ejemplo al que aludíamos anteriormente, el padre que decide despeñar el coche por el precipicio con sus tres hijos, con la idea de acabar con su vida, no tuviera prevista una pena proporcional a sus «hechos», la muerte de sus tres hijos.

La solución del art. 77 Cp. para los supuestos de unidad de acción causales a varios resultados homogéneos no acierta a explicar el porqué de un tratamiento punitivo beneficioso hasta el punto de no prever pena para los plurales resultados, pues el concurso ideal solo prevé la pena correspondiente al delito en su mitad superior, como si concurriera una circunstancia de agravación, dejando, sin consecuencia jurídica, los plurales resultados y éstos siempre han sido tenidos en cuenta por el legislador para conformar la penalidad. La necesaria proporcionalidad no se respeta imponiendo la pena prevista por un solo hecho. Y, realmente, no es lo mismo realizar una acción dirigida a la causación de uno o de varios resultados típicos. Esa actuación con conocimiento, o previsión, de la causación de varios resultados típicos merece una distinta consecuencia jurídica superior a la correspondiente a un único resultado. La solución viene dada por la regla concursal de los arts. 73 y 76 Cp, las penas correspondientes a tantos delitos como hechos cometidos. La limitación en la penalidad viene proporcionada por el sistema de acumulación del art. 76 Cp., el triplo de la máxima y las limitaciones de duración máxima de las penas privativas de libertad.

Resuelto lo anterior, el Acuerdo no hace distinción entre las modalidades de dolo que pueden concurrir en el hecho, dolo directo, de consecuencias necesarias o eventual.

Ya nos hemos referido a las modalidades de dolo y su diferencia. Como tales modalidades no varían la calificación de dolosa del tipo subjetivo y no alteran la consideración de dolosa de la conducta. No entenderlo así supondría abrir un portillo sin una base dogmática firme, una especie de categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia que añadiría mayores dificultades de delimitación entre dolo y culpa y supondría tratar de solucionar problemas de proporcionalidad de la pena a través de la desnaturalización dogmática del dolo; máxime cuando en la mayoría de las ocasiones se afirma la existencia de un dolo eventual a supuestos de dolo directo en los que la motivación exigida se apoya en criterios de inferencia.

Los problemas de proporcionalidad han de ser resueltos con el empleo de las facultades de individualización, empleando las posibilidades que prevé el Código penal con las circunstancias de atenuación y las facultades de individualización».

Democracia y teoría del delito*

Mirentxu Corcoy Bidasolo
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Barcelona



RESUMEN

Frente a la imparable expansión del derecho penal, en *crescendo* a partir de los años 90 del pasado siglo, no es suficiente la crítica, aunque sea imprescindible. Por ello es esencial el respeto de los principios limitadores del derecho penal propios de un concreto modelo de Estado. En consecuencia, el derecho penal español, a partir de la configuración del Estado constitucional como social y democrático de derecho debe respetar determinados límites y, en concreto, en tanto democrático, los principios de culpabilidad (responsabilidad personal, responsabilidad por el hecho, responsabilidad subjetiva y responsabilidad en sentido estricto), igualdad y proporcionalidad (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto). En consecuencia, la teoría del delito debe ajustarse a estos límites y definir sus niveles conforme a ellos. En particular, los conceptos de autor, dolo e imprudencia, así como el contenido y significado de la antijuridicidad, la responsabilidad personal y la punibilidad, deben concretarse a partir de la concepción de la norma penal, tanto primaria como secundaria, como normas de determinación. Ello conlleva que se deban imputar, exclusivamente, hechos, atribuibles a una persona, analizados desde

* Este trabajo se incardina en el Proyecto de Investigación «*Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias*» (SBPLY/17/18501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), bajo la dirección de los Profes. Dres. Eduardo Demetrio Crespo, Alfonso J. García Figueroa y Gema M.ª Marcilla Córdoba.

una perspectiva *ex ante*. Las intenciones, los deseos, los pensamientos, los móviles... sólo podrán ser tomados en consideración cuando sean expresamente requeridos por un determinado tipo y probados a partir del significado de la conducta. Un Estado democrático no está legitimado para castigar en base a la personalidad del autor, por lo que ésta sólo podrá ser tomada en consideración para atenuar la pena, en el ámbito de la culpabilidad, determinada a partir del hecho antijurídico o sustituirla por una medida de seguridad. Por ello es necesaria la teoría del delito e imperativa una interpretación teleológica de los tipos en cuanto el castigo sólo está justificado cuando se ha afectado el bien jurídico penal protegido en el tipo correspondiente.

I. INTRODUCCIÓN

1. Algunos autores consideran que la democracia impone que sea la opinión pública quién dicte la política criminal. Posicionamiento que se ha denominado «Teoría de la democracia en funcionamiento» (*Democracy at work*¹) señalando que la deriva del actual Derecho penal, su expansión, se debe en gran medida a esta concepción de la democracia, potenciada por los políticos, abusando del Derecho penal². Un ejemplo llamativo de esta cuestión lo encontramos en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor, en la que se señala que es necesario aumentar las penas respecto de los delitos violentos cometidos por menores, aun cuando esta criminalidad no ha aumentado, debido a la alarma social que existe por estos hechos³. En esta línea, ya en 2003, GIMBERNAT señalaba: «Hace ya unos cuantos años que en los países democráticos –no sólo en España– los políticos descubrieron que en el Derecho Penal –más precisamente: que en el *endurecimiento* del Derecho Penal–había una gran cantera de votos. Corren malos tiempos»⁴. En la misma línea, Mir Puig entiende que: «La mayor parte de la doctrina penal ve con recelo, cuando no con abierto rechazo, la actual tendencia a

¹ FROST, «Beyond Public Polls: Punitive Public Sentiment & Criminal Justice Policy», *Sociology Compass* (4-3), 2010, p. 157.

² Díez RIPOLLÉS, «El abuso del sistema penal», *RECPC*, 19-1, 2017.

³ En el mismo sentido, la LO 7/2003, de medidas para el cumplimiento de íntegro y efectivo de las penas, la LO 15/2003, la LO 15/2007, en materia de tráfico vial o la LO 1/2015, que introduce la prisión permanente revisable, en sus respectivas Exposiciones de Motivos, justifican el punitivismo que suponen ambas reformas, en la demanda social.

⁴ *Prólogo al Código Penal*, 4.^a ed., Ed. Tecnos, 2003.

la “mano dura” que predomina en la actualidad. Ello no se corresponde generalmente con la actitud más extendida de la población, que sí suele manifestarse favorable al endurecimiento del Derecho penal. Esta actitud se basa en la suposición de que la elevación del rigor penal ha de tener efectos inmediatos y significativos en la evitación de delitos, y también en la percepción de que los delincuentes son “otros”⁵. En este contexto conviene citar la monografía de EDUARDO DEMETRIO, en la que pone de manifiesto que, frente a la crisis expansiva del Derecho penal, es necesario reforzar «los principios y garantías que informan el *ius puniendi* en el Estado constitucional de Derecho»⁶.

2. Creo que estas afirmaciones son ciertas y que difícilmente se va a poder modificar esta deriva que, en último término, se fundamenta en la «democratización del derecho penal» y el consecuente rechazo de las opiniones de los expertos⁷. Situación que se corresponde, por ejemplo, con el hecho de que la Comisión de Codificación en materia penal del Ministerio de Justicia sea obviada y que el proyecto de reforma de los delitos contra la libertad sexual se lleve a efecto desde el Ministerio de Igualdad. Es importante poner de manifiesto que esta deriva se corresponde con el llamado populismo punitivo situando el Derecho penal en el centro de la lucha política fomentando una mirada emotiva y simplificadora de la realidad criminal, donde la voz de los expertos, burócratas e investigadores es percibida como desapegada y elitista frente a la voz de «la gente» o el «pueblo», el «sentido común», y especialmente la voz de las víctimas, que adquieren una posición central en el imaginario sobre el crimen y su prevención. Todo ello conlleva que se acuda al Derecho penal para solucionar conflictos sociales y el correlativo aumento de las penas privativas de libertad⁸.

3. No obstante, incluso quienes defienden la participación ciudadana mediante procedimientos deliberativos, es decir, la denominada

⁵ «Presentación», en MIR/CORCOY (dirs.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p. 16. En sentido similar, El mismo, «Contexto internacional y español de la contrarreforma del Derecho Penal español», en el MIR/CORCOY (dirs), *Política Criminal y reforma penal*, 2007, p. 19, «La opinión pública española, como la de otros muchos países, es ampliamente favorable a un tratamiento más contundente de la delincuencia».

⁶ DEMETRIO CRESPO, *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Ed. Reus, 2020.

⁷ VARONA GÓMEZ, «Derecho penal democrático y participación ciudadana», *InDret*, 2/2018, se muestra partidario de que sean los ciudadanos quienes dicten la política criminal.

⁸ CIGÜELA SOLA, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *RECPC* 22-12 (2020), pp. 4-5.

«democracia deliberativa» a través de la cual se conforme la opinión pública, matizan, afirmando que no es aplicable si el resultado es contrario a los derechos fundamentales. Frente a esta situación señalan que «una democracia no significa únicamente regirse por la voluntad de la mayoría (aunque dicha voluntad se haya formado de forma deliberativa), sino que también lleva consigo, como principio fundacional, la evitación de la «tiranía de la mayoría»»⁹. Habría que preguntarles, por ejemplo, ¿es tiranía de la mayoría negar o limitar al máximo la presunción de inocencia en determinados delitos? ¿es tiranía de la mayoría no respetar la responsabilidad por el hecho, con la finalidad de «erradicar el machismo»? ¿es tiranía de la mayoría castigar por la personalidad del sujeto?¹⁰.

4. No cabe duda de que es indispensable seguir defendiendo la democracia como forma de Estado ya que no puede discutirse que es el menos malo de los sistemas políticos, en definitiva, el único aceptable. No obstante, es necesario concretar que clase de democracia queremos ¿una democracia asamblearia con referencias a Atenas, a la RDA...? La democracia debe de configurarse a partir de los representantes de la mayoría, siempre con respeto a las minorías. En este contexto hay que poner de relieve que nuestra democracia no es directa sino por representación a lo que hay que sumar que esta representación tampoco es directa ya que se vota a un partido, no a las personas –listas cerradas– y muchas veces más que al partido se vota a la persona que se presenta como líder y por razones que en ocasiones no tienen relación con su programa sino con su capacidad de conectar a través de los medios de comunicación y de la mejor o peor publicidad que desarrolle su partido. A ello hay que sumar que para presentarse o ser incluido en las listas no se requiere ningún tipo de preparación, lo que en consecuencia pretende justificar el nombramiento de «asesores» (cada vez en mayor número). Asesores para los que su vez no se exige una especial capacitación sino únicamente que sean de «confianza» ¿amistad/familia? Frente a esta situación ¿no está más que justificado que el Tribunal Constitucional esté legitimado para calificar como inconstitucional una determinada ley y para dictar una sentencia interpretativa de un determinado precepto? No obstante, cada vez se ponen más en discusión estas competencias y aun cuando, anteriormente, habían declarado la inconstitucionalidad de alguna ley o precepto o dictado sentencias interpretativas,

⁹ VARONA GÓMEZ, *InDret* 2/2018, pp. 39-40.

¹⁰ CIGÜELA SOLA, *RECPC* 22-12 (2020), *passim*, acerca de las razones de la expansión del derecho penal poniéndolo además en relación con la exclusión de los más desfavorecidos y dudando sobre si realmente es el pueblo quien defiende estos posicionamientos puntivistas.

en la actualidad se resiste a cualquiera de esas dos opciones, argumentando que, no habiendo sido elegidos por los ciudadanos, se afectaría a la democracia y a la división de poderes.

5. El interés de los ciudadanos debe de ser respetado, pero ello no puede conducir a despreciar el conocimiento de los expertos, tal como se deduce de posturas como la señalada defendiendo incluso la generalización de la acusación popular. Habría que recordar que, en Francia, donde la decisión sobre si el juicio se realiza por jurado o por un tribunal es optativa, en más del 90% de los casos, el acusado elige esta segunda opción. En definitiva, tanto en el momento legislativo como en el judicial es necesaria la intervención de expertos, ya que, en caso contrario, ni la seguridad jurídica ni el respeto de los derechos fundamentales estará asegurado.

6. Generalmente, cuando se trata de política criminal, se discute sobre qué conductas y en qué medida deben de ser tipificadas y creo que en ese momento los intereses de los ciudadanos, representados por los parlamentarios, son prioritarios pero también en ese contexto es necesario el conocimiento experto, aun cuando sólo sea para evitar lagunas, reiteraciones y, muy especialmente, infracción del principio de proporcionalidad, *ad extra* y *ad intra*. No obstante, donde es imprescindible ese conocimiento experto es respecto del análisis e interpretación de los tipos a través de la teoría del delito. Soy consciente de que la teoría del delito es una construcción doctrinal lo que, para algunos, plantea problemas de constitucionalidad. Sin embargo, creo que es imprescindible para la seguridad jurídica y el respeto de principios y derechos básicos, como el señalado de proporcionalidad, así como el de igualdad y el principio de culpabilidad, en particular, la responsabilidad por el hecho y la responsabilidad subjetiva. Por lo demás, no cabe olvidar que, desde el respeto de la legalidad, la teoría del delito se corresponde con la Parte general del Código penal. Parte general que es sistemáticamente obviada por los legisladores al redactar los tipos de la Parte especial.

II. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

1. Este principio, que es el objeto del proyecto de investigación en el que participo y que dirige VÍCTOR GÓMEZ¹¹, lo hemos trabajado podría

¹¹ «Responsabilidad penal por el hecho y estado democrático. Una investigación sobre la criminalización de ideas o caracteres». Programa Estatal de Investigación Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad. Ministerio de Economía

decirse que de forma exhaustiva, pero de todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad por el hecho, en esta ocasión quiero referirme a una en concreto, por estar estrechamente relacionada con la democracia. En un Estado democrático la libertad de expresión, de ideología, de religión... es un derecho que no sólo es un derecho fundamental, que lo es, sino esencial, prioritario.

2. En este punto no voy a entrar en la discusión acerca del alcance del delito de odio y discriminación, ya que, al respecto, precisamente VÍCTOR GÓMEZ¹² es uno de los grandes especialistas. El aspecto al que quiero referirme se centra en que, en una democracia, el Estado no puede, mejor dicho, no debe juzgar pensamientos, intenciones, ideas... El respeto a la libertad, en todas sus facetas, ideológica, de expresión, religiosa..., a la que he hecho referencia, es esencial y únicamente debería limitarse cuando esas ideas, esas expresiones suponen efectivamente un riesgo y la concurrencia de ese riesgo puede probarse a través del significado de la conducta. En consecuencia, la creación de agravantes basadas exclusivamente en los «motivos reprochables»¹³, que llevaron a actuar al sujeto suponen una limitación de su libertad de pensamiento inadmisibles en una verdadera democracia¹⁴. Agravantes previstas en la Parte general del Código penal que, por lo demás, son reiterativas y propician la infracción del principio de *non bis in ídem*, ya que concurren con agravantes fundamentadas en los mismos motivos previstas respecto de muchos delitos de la Parte especial, conjuntamente con la agravación de conductas de lesiones, amenazas, coacciones o quebrantamiento, en materia de violencia de género

y Competitividad. DER2014-59247-R. Investigador principal: Víctor Gómez Martín. 2019-2021.

¹² GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género», *RECPC* n.º 18, 2016; EL MISMO, «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio», *RECPC* n.º 20, 2018; EL MISMO, «Los delitos de odio y discriminación tras la LO 5/2010: ¿una nueva oportunidad perdida?». *Estudios Jurídicos*, 2011.

¹³ Art. 22. 4.º CP, establece como agravante «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padecen y su discapacidad». Los arts. 80.1 y 92 del Código penal argentino, calificando como reprobables las conductas de homicidio o lesiones realizadas por «placer, codicia, odio racial o religioso». En el art. 41 CPA, se amplía la agravante a todos los delitos.

¹⁴ En esta línea, vid, PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Ed. Marcial Pons, 2012, concluyendo que, en una democracia liberal, tanto desde la teoría de la pena como desde la teoría del delito, los motivos sólo pueden tomarse en consideración cuando implican que el hecho es más grave.

y con los delitos de odio y discriminación, como tipos autónomos. En sentido contrario, en el art. 21 CP, se ha suprimido la atenuante de obrar por motivos altruistas... Atenuante que puede ser legítima ya que afecta a la responsabilidad personal –culpabilidad– lo que implica determinar la pena o medida conforme a la situación personal del autor. Por el contrario, agravar el injusto en base, en el fondo a «la maldad de la persona», es una forma de Derecho penal de autor opuesta al Derecho penal del hecho. En definitiva, el desvalor del hecho se determina en el injusto y no debería aumentarse por cuestiones relacionadas con la personalidad y motivaciones del autor, mientras que, por el contrario, esa personalidad y motivación sí cabe tomarla en consideración en el nivel de la responsabilidad personal –culpabilidad–, en orden a atenuar la pena o sustituirla por una medida.

3. Las referidas agravantes se tratan de justificar en base a la búsqueda de seguridad, por el riesgo presunto de que, la concurrencia de esas motivaciones, fomenten esa clase de conductas. No obstante, la seguridad no puede ser tan prioritaria como se pretende. Es difícil de saber si la introducción de tipos, la agravación de los existentes y la creación de nuevas agravantes, se produce por voluntad de la mayoría o por la rentabilidad para los políticos o por una suma de ambas. Pero lo que debería ser evidente es que no cabe presumir riesgos futuros o pendientes resbaladizas. Las presunciones no deberían tener cabida en el Derecho penal, al igual que los riesgos presuntos, estadísticos, hipotéticos... En definitiva, para que concurra el tipo objetivo de cualquier delito es indispensable que no sólo *ex ante* se cree un riesgo para un bien jurídico penal, sino que *ex post* se pruebe que ese riesgo es idóneo para afectarlo. Resultado en sentido jurídico que debe concurrir en todo caso, incluida la tentativa. Es decir, el respeto del principio de lesividad –antijuridicidad material–. Ello implica la necesidad de una interpretación teleológica de los tipos y no únicamente formal, tal y como, por ejemplo, se está llevando a efecto en el delito de violencia de género, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, STC 51/2008¹⁵, a lo que se suma la más reciente y desafortunada sentencia del Tribunal Supremo, STS 677/2018, ponente Vicente Magro Servet, en la que se afirma que es suficiente la concurrencia de los elementos objetivos del tipo, sin que sea necesario probar la voluntad de dominación.

¹⁵ Sentencia de pleno del TC, cuyo contenido se repite en las SSTC Plenos, 213/2009; 45/2009; 100/2008; 98/2008; 83/2008; 82/2008; 81/2008, aun cuando todas ellas cuentan con un relevante número de votos particulares.

III. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

1. Respecto de la exigencia de responsabilidad subjetiva –dolo o imprudencia– surge la cuestión del concepto de dolo que plantea problemas tanto en la jurisprudencia como en la opinión ciudadana que, de forma mediata, aun cuando no debiera ser así, influye en las decisiones de los tribunales. En este aspecto me voy a referir exclusivamente a tres cuestiones: ¿debe de tenerse en cuenta el móvil, la intención del autor? ¿pueden considerarse dolosos todos los supuestos que se califican como de ignorancia deliberada? Y, un tercer aspecto muy concreto que se desglosa en dos: ¿puede afirmarse que concurre dolo en los delitos contra la libertad sexual cuando el autor desconoce la ausencia de consentimiento? ¿cabe aplicar la agravante, por ejemplo, de persona vulnerable o de llevar a la ruina a la víctima, cuando el sujeto desconoce estos aspectos?

2. A la primera cuestión debe responderse en el sentido de que, en una sociedad democrática, tal y como se ha argumentado en el apartado anterior, no debería de ser relevante la maldad, la indiferencia... del autor siempre que ello no se refleje en el significado de la conducta de forma que ésta adquiera un mayor desvalor. Existen dos razones de peso para defender que el dolo no puede ser un estado mental y que no debe requerir intención sino únicamente conocimiento por parte del autor de que, con su conducta, crea un riesgo idóneo para afectar un bien jurídico penal. Ese conocimiento no se prueba tratando de entrar en la mente del sujeto sino a través de datos objetivos concurrentes, en principio, *ex ante*, incluido el significado externo de la conducta¹⁶.

3. La razón de fondo para esta concepción del dolo estriba en que, en un Estado democrático, el Estado no está legitimado para juzgar los pensamientos, las intenciones, la maldad de un sujeto, sino únicamente conductas externas¹⁷. A ello hay que sumar otra razón de índole prácti-

¹⁶ En este sentido, es relevante la actual línea jurisprudencial que concibe el dolo como un hecho, que forma parte de la vertiente fáctica –Hecho Probados– y que, por consiguiente, su prueba requiere las mismas garantías que los aspectos de naturaleza fáctica. Por todas, SSTs 968/2004, 29 de julio, «la constatación del dolo es una cuestión jurídica que se debe llevar a cabo a través de una serie de indicadores de carácter objetivo que se refieren a la disposición interna del autor en el momento del hecho»; 772/2004, 16 de junio: «la definición clásica de dolo trae consigo dificultades que han propiciado un concepto normativo de dolo»; 126/2012, de 18 de junio.

¹⁷ CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo y la imprudencia», ADPCP 1985, p. 257-274, se pone de manifiesto como en la sentencia comentado la fundamentación del dolo de matar se basa, esencialmente, en el hecho de que el imputado se dedicaba al

ca, procesal, ya que, si se respetan las garantías constitucionales vigentes en el proceso penal de un Estado democrático, no es posible probar ese elemento volitivo, intencional¹⁸. Cuestión diferente se suscita cuando esa intención, por ejemplo, discriminatoria o vejatoria, puede probarse a través del significado de la conducta, en cuyo caso puede implicar un mayor desvalor del injusto. No obstante, ese mayor desvalor no debería fundamentarse en la «maldad» que implica per se la intención de discriminar/vejar, sino en el riesgo que ello supone para la persona objeto de la discriminación/vejación o para los colectivos objeto de esa discriminación/vejación.

4. En relación con la ignorancia deliberada, según como se conciba, estamos frente a un supuesto de dolo (llamado eventual que no es otra cosa que dolo) pero también puede suponer una presunción de dolo que, como todas las presunciones están vedadas en un Derecho penal de un Estado democrático. Debe probarse, por consiguiente, que el sujeto conocía la existencia de indicios de que se iba a cometer un determinado delito y que, por su situación, tenía el deber de evitar ese riesgo, así como que tenía el deber de informarse y la capacidad para ello. No obstante, incluso en la mayoría de esos casos sólo podrá afirmarse un dolo general respecto de una determinada modalidad delictiva no respecto del hecho concreto. En consecuencia, de probarse los tres requisitos señalados sólo cabría imputar el tipo básico del delito de que se trate¹⁹. Así, por ejemplo, en una de las primeras sentencias en que se hace referencia a la ignorancia deliberada, se califica como tipo cualificado de delito de tráfico de drogas, aun cuando,

tráfico de drogas. Esta doctrina jurisprudencial se mantiene en la actualidad aun cuando se le esté dando una argumentación «moderna» a partir del concepto de «ignorancia deliberada». Ejemplo de esta jurisprudencia lo encontramos, entre otras muchas, en la STS de 30 de septiembre de 2009 (Ponente Marchena Gómez).

¹⁸ KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», ZStW 96, 1984, p. 96, ya puso de manifiesto que no tiene ningún sentido exigir un elemento en el dolo que luego no puede ser apreciado, incluyendo en la crítica todas las diversas acepciones que se han ido proponiendo como sustitutivos del «querer». En sentido similar, HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación* (trad. Sánchez Ostiz), Ed. Thomson Aranzadi, 2005, p. 145 ss., que plantea los problemas procesales de la prueba del dolo, a partir del & 244.2 StPO, que introduce el concepto de «hecho relevante para la decisión», afirmando que tales hechos son el objeto de la práctica de la prueba y entiende que el dolo, o al menos sus requisitos, forman parte de esos «hechos».

¹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, «Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal», en BOUVIER (Dir.), *Discusiones*, N.º XIII, Edicions, 2013, pp. 11-38, propone de *lege ferenda*, un nuevo título de imputación para los casos en los que concurre ignorancia deliberada.

aunque con muchas dudas, en su caso, únicamente se podría haber condenado por el tipo básico.

5. En relación con la última cuestión se trata de poner de relieve que, en todos los planteamientos referidos a la llamada «democracia deliberativa» se obvia la necesidad de que no sólo la «víctima» no consienta, sino que es indispensable que el «autor» conozca esa ausencia de consentimiento. ¿Puede afirmarse la existencia de dolo en un supuesto en el que la víctima tarda dos días en advertir que realmente no había querido tener relaciones sexuales? La respuesta pienso que es evidente, incluso cuando pueda afirmarse que realmente la «presunta víctima» no quería, ello no determina que el sujeto actuara dolosamente ¿cómo podría saber que no consentía cuando ella ha tardado tres días en llegar a la ausencia de consentimiento por su parte? Lo mismo cabe afirmar respecto de cuándo es legítimo aplicar una agravante, como puede ser víctima menor o víctima vulnerable...: únicamente cuando el autor conozca que concurre.

6. No obstante, es cierto que pueden darse casos en los que, aun cuando el autor no es consciente debería de serlo, es decir, se trataría de supuestos de imprudencia. En ese punto la pregunta sería ¿es idóneo tipificar también los delitos contra la libertad sexual por imprudencia? La respuesta no es sencilla. Por una parte, ello supone, de nuevo, expansión del derecho penal, pero, por otro, tomando en consideración la presión social que se suscita en relación con los delitos contra la libertad sexual ¿democracia?, ¿facilitaría un menor castigo que el juez no se encuentre en la disyuntiva de absolver o condenar por delito doloso? En Suecia, por ejemplo, en la última reforma de estos delitos, se ha incluido la «violación por imprudencia», tipificada con una pena muy inferior a la dolosa. «Violación» en la que se incluyen tanto la violación propiamente dicha como las agresiones y los abusos, diferenciando entre cuatro modalidades de «violación».

IV. PROPORCIONALIDAD. DISTINCIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y TENTATIVA. DISTINCIÓN ENTRE AUTORES Y PARTÍCIPES

1. La distinción que se lleva a efecto en la Parte general del Código penal, entre actos preparatorios y tentativa, queda desvirtuada en muchos de los tipos de nueva creación en los que se equiparan conductas tan dispares como facilitar, provocar o ejecutar. Aun cuando el Código penal prevé los actos preparatorios como algo excepcional, regulándolos como *numerus*

clausus, en la Parte especial encontramos muchos tipos de nuevo cuño en los que se califica como conducta típica, con la misma pena, la provocación que la ejecución, por ejemplo.

2. De forma similar a lo señalado en el apartado anterior, en muchos tipos se equiparan conductas de participación con otras de autoría. Sin entrar a fondo en la discusión acerca del personal y la accesoriedad de la participación, pienso que, aun cuando sólo sea por respeto del principio de proporcionalidad, debe diferenciarse entre autoría y participación, muy especialmente, respecto de la cooperación/complicidad. En este aspecto, el problema surge ya por la propia regulación de estos conceptos en el art. 28 del Código penal, ya que la pena del cooperador necesario y la del autor es la misma. Aun cuando la doctrina trata de salvar esta cuestión a través de la distinción entre concepto ontológico y legal de autor, en la práctica, el hecho de que la pena sea la misma conlleva que los tribunales no diferencien entre autor y cooperador y, a través de una interpretación *sui generis* de la teoría del dominio funcional, califiquen a todos los intervinientes como coautores. Con ello en realidad se vuelve (o se sigue) en la teoría de la equivalencia de las condiciones y, lo más grave, supone una aplicación extensiva, en una línea análoga a los que sucede con la responsabilidad subjetiva y la llamada ignorancia deliberada.

3. Por el contrario, pienso que debe defenderse un concepto de autor en la línea del dominio funcional pero delimitado a través de la competencia, la capacidad de decisión e incluso el beneficio, diferenciando claramente entre dominio positivo –capacidad de decisión acerca de la conducta típica– y dominio negativo –capacidad de negarse a realizar la conducta o de denunciar el hecho–. Mientras el dominio positivo fundamenta la autoría, el negativo únicamente puede fundamentar la calificación como partícipe.

4. La extensión injustificada de la autoría también se refleja en la aplicación de las figuras de omisión. En concreto de la comisión por omisión, ya que la existencia de una posición de garante, concebida formalmente, sirve de argumento a los tribunales para imputar al garante en concepto de autor del riesgo no controlado. Con ello se olvidan los requisitos esenciales para que una omisión pueda equipararse a una acción: 1. posición de garante en el caso concreto, lo que implica situación de dependencia del bien jurídico respecto de su conducta; 2. posibilidad de realizar la conducta debida sin riesgo propio ni de tercero; y 3. probabilidad rayana en la seguridad de evitar el resultado.

V. CONCLUSIONES

1. Con los argumentos anteriores se trataba de poner de manifiesto que, la teoría del delito, bien aplicada, es eficaz para limitar el poder del Estado para castigar y, por consiguiente, es idónea para configurar una democracia en la que se respete la libertad de las personas y la igualdad de los ciudadanos frente a la ley.

2. En Derecho penal cualquier presunción contraria a reo infringe el principio de presunción de inocencia (valga la redundancia), como requisito esencial para el respeto del derecho de defensa y su otra cara, el principio acusatorio, fundamentales en una democracia como límite al poder del Estado a castigar. Por consiguiente, tanto los denominados riesgos o peligros presuntos como los peligros estadísticos..., deberían de erradicarse ya que en esos supuestos no concurre antijuridicidad material. Del mismo modo no pueden aceptarse presunciones de autoría ni presunciones de dolo o imprudencia. El respeto de los principios de la responsabilidad por el hecho propio, de la personalidad de las penas y de la responsabilidad subjetiva son esenciales para respetar la democracia.

3. La búsqueda de la seguridad sólo está legitimada cuando sirva a la libertad. En una democracia la libertad debe de priorizarse sobre la seguridad, en consecuencia, el criterio de la seguridad sólo es legítimo cuando sirva a una mayor libertad de las personas. En este contexto, la teoría del delito es un instrumento que, aportando una mayor seguridad jurídica, sirve a la libertad de actuar de las personas, en cuanto diferencia en mayor y mejor medida lo que está prohibido de lo que no lo está.

La justicia penal de adolescente en Centroamérica*

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal del Instituto de Estudio
e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua

Diego Cuarezma Zapata

Profesor e investigador del Instituto de Estudio
e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua



I. FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA DE ADOLESCENTES

LAS CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DEL FUNDAMENTO de la justicia penal especializada de adolescentes son resultado de una investigación científica que se llevó a cabo a inicios de la década de los 90', tanto en el aspecto jurídico como en el sociológico del sistema de justicia penal juvenil. Esta investigación se desarrolló dentro del Proyecto de Investigación «Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina» que contó con la colaboración de las Comunidades Europeas, y se ejecutó por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente ILANUD, bajo la dirección científica de su director, Elías Carranza, con actividades en diez países, a

* El presente trabajo de investigación se fundamenta en la investigación *La Justicia Penal Juvenil en Centroamérica. Reformas, contrarreformas y riesgos de involución* desarrollada en el marco de la «Justiça Juvenil. Paradigmas e experiências comparadas», bajo la dirección científica de Anderson Pereira de Andrade y Bruno Amaral Machado, publicada en la Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios y la Marcial Pons, Brasil, 2017.

saber: Argentina (Provincia de Santa Fe), Costa Rica, España, Guatemala, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá y El Salvador. La investigación sociológica contiene importante información sobre el sistema de justicia juvenil y sobre los niños, niñas y adolescentes infractores que con motivo de su accionar.

La investigación arrojó un resultado contundente que viene a ser un común denominador en la mayoría de los países latinoamericanos y europeos sin excepción, que la justicia penal juvenil (como toda la justicia penal) criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres (empobrecidos). En sociedades con muy desigual distribución de la riqueza y el bienestar, también la justicia penal distribuye muy equitativamente las sanciones y frecuentemente reacciona con respuestas penales a problemas sociales. De la investigación jurídica se desprende –al igual que de las investigaciones de todos los países latinoamericanos participantes en el proyecto– que la legislación tutelar tradicional ignora las garantías fundamentales de la justicia penal reconocidas ahora explícitamente por el Derecho internacional para la protección de los Derechos humanos en materia de los niños, niñas y adolescentes desde la sanción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En la doctrina de la situación irregular los niños, niñas y adolescentes no eran considerados responsables de los delitos que cometen y, por el contrario, se trata de sustraerlos del Derecho penal. En esta situación el adolescente es considerado un *objeto* de protección que no tiene capacidad de conocimiento de los actos que realiza, por lo que no se puede pensar, ni siquiera, en una responsabilidad atenuada con respecto a la responsabilidad de los adultos. Contraria a esta doctrina la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño determina que es necesaria la atribución de una responsabilidad penal en el caso de los adolescentes que cometen un delito, pero atenuada.

Esta atenuación de la responsabilidad obedece a la condición especial de los sujetos a quienes se les aplica, los cuales son adolescentes, y se trata de una diferencia de grado que se manifiesta las diferenciaciones de las medidas o sanciones que según su naturaleza tienen sus particulares fines. Sin embargo, aunque su finalidad sea la de reeducar, comportan siempre una cierta restricción de derechos y son productos de la realización culpable de un acto tipificado como delito por la Ley penal. Los países de la región por medio de sus legislaciones de Derecho penal especial de adolescentes, la represión adquiere una finalidad particular, que es la de crear una conciencia de responsabilidad por sus actos y no solo una visión de naturaleza asistencial (hipócrita) como la que promueve la doctrina de la situación irregular.

Con la nueva concepción de la doctrina de la protección integral y la punitivo-garantista del Derecho penal especial de adolescentes, los países han tratado de corregir los errores provocados por la concepción tutelar. De esta manera, y a diferencia de la orientación tutelar, se establecen claramente principios básicos para la imposición de medidas, por lo general no privativas de libertad. Se trata de principios como el de legalidad, debido proceso, racionalidad y proporcionalidad, el de determinación de las clases de medidas, la duración y ejecución de estas. Estos principios fijan un marco de legalidad dentro del cual, el juez debe resolver los aspectos esenciales sobre la determinación y aplicación de las medidas. La nueva orientación punitivo-garantista, reconoce que, aunque el adolescente es un ser en formación, la tutela o protección no puede negarles sus derechos y libertades fundamentales. Por esta razón, aunque sea condenado con medida de privación de libertad, el juez está obligado constantemente a revisarla por otra más adecuada.

La creación del sistema de justicia penal especializada, por los países de la región centroamericana, plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de «responsabilidad con garantías» (Cuarezma Terán, 2014, p. 103). Cuyas características serían las siguientes:

1. Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales;
2. refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad;
3. una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basada en principios educativos y la reducción de sanciones privativas de libertad;
4. las características del proceso son, entre otras: el sistema es acusatorio, el juicio oral y público, la conciliación;
5. a la víctima u ofendido del delito se le integra como una parte en el proceso, con el objeto de equilibrar o disminuir las tensiones en el mismo; y
6. en general se encuentran todas las garantías y principios que integran el debido proceso constitucional.

Los países con la creación de este sistema de justicia penal especializada para adolescentes no sólo constituyen un nuevo sistema de valores, ni constituyen únicamente un sistema de derechos, garantías y deberes para los adolescentes en conflicto con la Ley penal, sino que crearon una novedosa respuesta del Derecho acorde a la naturaleza compleja de la delincuencia o desviación de los menores de edad, para enfrentar el problema

con nuevos contenidos de prevención y control para el Derecho penal de adolescentes. Esta justicia especializada trata de crear una nueva cultura de la responsabilidad institucional y ciudadana, que rompa el círculo de violencia y recupere en consecuencia la importancia del Derecho, en la prevención y el tratamiento de la delincuencia de los adolescentes.

II. MITOS Y REALIDADES

Los medios de comunicación informan, como expresa la penalista española de Castilla-La Mancha, Martín López M. (2000, p. 101), una aparente elevación de los delitos cometidos por adolescentes menores, resaltan particularmente la violencia de éstos: peleas colectivas, vandalismo y pandillas. La delincuencia de los adolescentes es uno de los problemas sociales más sentidos de nuestras sociedades. El oscilante pendular de la opinión pública entre la indiferencia absoluta y la máxima capacidad de alarma apunta a ésta última en nuestros días. Esta alarma, por lo general artificial, los operadores políticos traducen en propuesta de reforma de la legislación con tendencia de endurecimiento al castigo y menos inversión en el gasto público. Hay que destacar, sin embargo, que los adolescentes no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más graves que los que cometen los adultos. Ni causan proporcionalmente un mayor perjuicio económico. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos.

Los menores de diez y ocho años no realizan actos de violencia ni delitos, ni más numerosos, proporcionalmente, ni más grave que los que cometen los adultos. Ni causan en proporción un mayor perjuicio económico. La figura del adolescente infractor tiene algunas particularidades que no están presentes y no tienen el mismo significado que los adultos (López M., 2000, p. 101). Existe la impresión, en la opinión pública, tal fue el caso de la nicaragüense, cuando se aprobó el Código de la niñez y la adolescencia, de que el nuevo modelo de justicia especial especializada promueve la impunidad y contribuye al aumento de los delitos cometidos por adolescentes. Esta percepción es un mito, y es injustificada. Veamos. En Nicaragua, por ejemplo, después de la aprobación de dicho Código, en el periodo 1997 y 2002, según los datos estadísticos oficiales de la Policía Nacional, se detuvieron 229,034 personas por la supuesta comisión de delitos. De esta cantidad, 205,046 eran adultos, 89.5% del total, y 23,988 adolescentes entre quince y dieciocho años de edad no cumplidos, el 10.5%. Entre el periodo 2010 a 2015 (no se dispone de datos del 2013)

los infractores adolescentes de la ley penal no superan el 6.1% del total de la población a nivel nacional que delinque, a saber: 6.1% (2010), 5.8% (2011), 4.5% (2012), 5.5% (2014) y 5.5% (2015), conforme a las estadísticas oficiales de la Policía Nacional. Con base al porcentaje más alto de adolescentes que infringen la ley penal, 6.1%, el 93,9% de personas que delinquen son mayores de 18 años, mujeres y hombre adultos.

En Costa Rica se observa un fenómeno similar, la cantidad de denuncias recibidas por la Sección Penal Juvenil en los últimos 5 años, son en comparación de los distintos actos delictivos realizados por los adultos, una minoría, la incidencia de los adolescentes infractores de la ley penal se encuentran dentro del porcentaje más bajos. Hay que destacar que la referida información se dio entre los años del 2012 al 2015, mientras que para el 2016 se tomaron los primeros ocho meses.

No obstante este rotulamiento (*labeling*) que se hace de la población joven y menor de edad, el ILANUD analizando homicidios y homicidas en un país de la región verificó que las tasas de homicidas se distribuían proporcionalmente entre los diversos grupos etarios, y que la interpretación correcta sería no que estamos en presencia de jóvenes generaciones violentas, sino que estamos en presencia de sociedades violentas que socializan a las personas menores de edad y jóvenes en la violencia (Carranza & Solana, 1997, p. 8).

Por otra parte, la fuerza represiva del Estado configura un mecanismo de control social sobre los adolescentes acrecentando la posibilidad de delinquir más o con mayor gravedad. Los adolescentes reprimidos pertenecen mayoritariamente a las capas sociales inferiores, aquellas que encuentran más dificultades para la reinserción social por las escasas posibilidades laborales, bajo rendimiento escolar, conflictos familiares y emocionales, en definitiva, pertenecen al grupo social que más sufre todas las crisis económicas.

Por esta razón, la justicia penal juvenil debe dejar de ser vista como un asunto de carácter exclusivamente policial y judicial, para trascender a la concepción amplia que demandan los estándares internacionales (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, resolución 40/33, 1985, orientaciones fundamentales 1.4):

¹⁴«1.4 La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad».

Por ejemplo, en el caso de uno de los países de la región, Nicaragua, la investigación reveló que la clientela de la justicia penal estaba constituida por niñas, niños y adolescentes pertenecientes a los sectores de menores recursos de la sociedad y que practican conductas propias de estrategia de sobrevivencia. La justicia penal les aplicaba la medida de privación de libertad en casos en que otras medidas serían posibles y apropiadas. Los perfiles psicosociales y sociológicos que la investigación pudo establecer del «transgresor tipo» reflejaban que estas niñas, niños y adolescentes se encontraban en una situación de extrema pobreza, tenían baja o nula instrucción escolar, provenían de hogares desintegrados y, en aquellos casos que la tuvieran, hacía falta la figura paterna responsable. La investigación además arrojó un dato escalofriante: El costo por niña, niño o adolescente privado de libertad era alto: doscientos dólares por mes (USD\$ 200.00), frente al ingreso familiar de los mismos que era muy bajo: cincuenta dólares (USD\$ 50.00). Esta conclusión puso de manifiesto una dura realidad: que el Estado y la sociedad invertían cinco veces más en el internamiento o encierro de las niñas, niños y adolescentes respecto del ingreso de las familias originarias que apenas les alcanza para comer.

Para el exdirector del ILANUD, Elías Carranza (1994, p. 118), los muchachos de la calle, de clase pobre o marginal, suelen ser condenados a prisión o «internados» por el hecho de no tener familia. La misma conducta practicada por un niño de otra extracción social (media o alta), con una familia, es normalmente resuelta de otra manera. A los de sectores vulnerables les exigimos más que a otros y, sin quererlo, «castigamos su pobreza». Si un adolescente de clase pobre comete un delito, decimos que es un «delincuente», que merece castigo, lo perseguimos y lo etiquetamos. Si es un adolescente que pertenece a otro tipo de clase económica, que comete un delito, somos indulgentes, decimos que fue «un episodio accidental» o una «travesura», y procuramos que no se le castigue. Estos personajes, los de clase pobre, son seres libres, lleno de necesidades insatisfechas, que sufren agresiones; a quien debemos ayudar con su consentimiento, pero sin agregar la agresión del encierro a las agresiones que ya sufren.

La información empírica autorizada (Carranza, 2013) nos permite advertir que las personas menores de edad privadas de libertad por la justicia penal juvenil de Centroamérica, casi la totalidad, pertenece a los estratos sociales bajo o marginal; que las altas tasas de delito y de personas privadas de libertad de la región tienen correlación con sus altos índices de inequidad en la distribución del ingreso, que son los más altos del mundo según las mediciones de CEPAL y el Banco Mundial; que la respuesta al delito no puede ser solo justicia penal y cárcel. Los países necesitan por sobre todo más justicia social, concretamente políticas que reduzcan la

inequidad de la distribución del ingreso; que el lugar o espacio natural de los niños, niñas y adolescentes no es la cárcel, sino la familia y la escuela, como lo establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y que la justicia penal debe utilizarse exclusivamente como último recurso (*ultima ratio*). Se debe procurar resolver esos conflictos por medio de la justicia restaurativa, haciendo uso de alternativas al juicio y a la prisión, y en los casos en que la justicia penal sea inevitable ésta debe ser especializada y las personas menores de edad contar con las garantías penales, procesales y de ejecución de las sanciones con que cuentan las personas adultas, más las garantías específicas que les corresponden por su condición de menores de edad.

III. VIENTOS DE CONTRARREFORMAS DE MANO DURA Y RIESGOS DE INVOLUCIÓN

En el año 2009 el ILANUD, en el marco de la colaboración entre la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la Escuela Judicial de Costa Rica, se inició un proyecto que permitiera, mediante acciones especialmente de capacitación, impulsar la mejora de los sistemas penales juveniles de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, y Panamá. El proyecto de investigación se denominaba «Prevención de la violencia y acceso a la justicia en condiciones de igualdad para la mujer, la niñez y la adolescencia en Centroamérica» bajo la dirección científica de Douglas Durán Chavarría, experto (y actual director) del ILANUD. La investigación fue publicada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua (2012).

La investigación pone de relieve que las corrientes de mano dura para la región significan un riesgo de involución como los procesos de contrarreforma en América Central. Los procesos de reforma realizados de conformidad con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño supusieron un avance de grandes dimensiones en lo que a la reacción penal a las conductas desviadas de las personas menores de edad concierne, sin embargo, la investigación advierte que hay problemas serios que amenazan el progreso logrado. Este proceso de contrarreformas se desarrolla dentro de una tendencia general –y, además, global– hacia un endurecimiento del sistema penal en su totalidad, la cual responde a una concepción eficientista del Derecho penal, según la cual la respuesta a las conductas desviadas debe darse primordialmente a través de la represión, la punición y, especialmente, la prisión. Este tipo de concepción expresa la investigación, se arraigan inicialmente en la proliferación de un

sentimiento de inseguridad acrecido y que, en muchas ocasiones, no se corresponde con la victimización y, a veces, ni siquiera, de lejos, con la criminalidad registrada. Al respecto de este fenómeno, vale citar como ejemplo el caso de Costa Rica, paradigmático en el área, toda vez que siendo el país con la tasa de homicidio más baja de Centroamérica, es la nación con mayor sentimiento de inseguridad de Latinoamérica, circunstancia que se verificó mediante un estudio realizado por FLACSO con la cooperación de AECID en 2009.

Como expresión de este proceso de contrarreformas, El Salvador modificó la Ley del Menor Infractor con una Ley para combatir las actividades delincuenciales, (Decreto 305, 2004). La reforma expresa que la ley es aplicable a toda persona mayor de 12 años por el solo hecho de pertenecer a la «mara o pandilla». Para la ley, la «mara o pandilla» significa «grupos o asociaciones ilícitas especiales (...) agrupaciones de personas que en su accionar afecten la pacífica convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana». Además, que se agrupen o reúnan habitualmente; que señalen injustificadamente segmentos de territorio como exclusivo en relación con otras maras o pandillas; que tengan señas o símbolos como medio de identificación o reconocimiento con la mara o pandilla; que se marquen el cuerpo con tatuajes o cicatrices, como medio de identificación o pertenencia a la misma. Incorpora el criterio de discernimiento al que llama «habilitación de edad» lo que significa que el menor de 18 años que posea «discernimiento de adulto» es juzgado como tal. Restringe o elimina garantías específicas de los derechos de los adolescentes infractores, entre otras, restricción de medidas cautelares distintas a la detención, declaración de improcedencia de la conciliación, eliminación de la posibilidad de renuncia de la acción penal por parte de la Fiscalía, elevación del máximo de la pena privativa de libertad de 7 a 20 años y solo modificable por cumplimiento de la mitad de la condena.

El Estado de Honduras reformó el 332 del Código Penal en materia de asociación ilícita, por medio de la «Ley De Maras», (Decreto 117, 2003) (Decreto 6, 2017) que reforma y adiciona al Código penal el articulado necesario para enfrentar las «maras» o «pandillas» de las extorsiones o amenazas que hacen a la población. Panamá, a través de la Ley 46 del 2003 modifica la Ley 40 de 1999, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Las principales reformas que realiza son el aumento del máximo de la pena privativa de libertad de 5 a 12 años; ampliación de la duración máxima de la detención provisional de 2 a 6 meses; ampliación de la lista de delitos que admiten detención provisional y pena privativa de libertad. La investigación de ILANUD expresa que una ley más reciente aumentó los mínimos de las penas de cárcel por aplicar a los adolescentes

panameños, mecánica que implica, ya no por la vía del aumento de los máximos imponibles, un uso acrecido de la pena de cárcel en materia de niños y en el 2010 en Panamá la edad mínima a efectos de responsabilidad penal de los catorce a los doce años.

En el caso de Nicaragua, a pesar de los intentos para desarticularlo, el Código de la Niñez y adolescencia no ha sufrido reformas después de 24 años de haber entrado en vigor.

En este proceso de marcha y contramarchas, observamos una ambigüedad. Por una parte, los países del área centroamericana adecuaron su normativa interna a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, con un espíritu esencialmente minimalista, pero, por otra parte, este proceso de adecuación en algunos casos, como los arriba apuntados, abandonan muchos de los principios fundamentales del Derecho, sobre todo la visión en el uso de la privación de libertad.

Sin embargo, y como un esfuerzo renovado, el Foro de Presidentes y Presidentas de Poderes Legislativos de Centroamérica y la Cuenca del Caribe y de otros organismos conexos (FOPREL), el 14 de noviembre de 2014, resolvió aprobar por unanimidad «Ley Marco Regional Referente a la Prevención del Delito en Niñas, Niños Y Adolescentes».

Esta Ley Marco, tiene la finalidad de generar iniciativas conjuntas para la emisión de normativas en cada país miembro, encaminadas a la prevención de los delitos en la niñez y la adolescencia. Es importante destacar que, sin perjuicio que aún no se han desarrollado impulsos internos para la aprobación o adecuación de este texto legislativo en los países que la han aprobado, la Ley Marco reconoce la necesidad de «elaborar políticas públicas o una política criminal para la prevención del delito en niñas, niños y adolescentes y para el interés general de la sociedad» y exhorta a sus Estados miembros que introduzcan dicha Ley Marco en cada Órgano Legislativo de acuerdo a las características de cada país, para su correspondiente discusión, consulta y aprobación. Hay que destacar que FOPREL, se compromete desde este texto legislativo regional «en no utilizar el Derecho penal y la privación de libertad como primer recurso para abordar el fenómeno de la criminalidad de la niñez y la adolescencia. Sólo deberá recluir a los niños, niñas y adolescentes en instituciones como *último recurso* y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a sus propios intereses» (art. 24) y respecto del fenómeno de la violencia y la delincuencia juvenil denominada «maras», se compromete a establecer o promover medidas propias de la llamada *justicia de transición o justicia transicional*. «El Estado para lograr el cese de la violencia de las pandillas y su incorporación plena a la sociedad de forma pacífica, buscará una salida a través del mecanismo de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR)» (art. 31).

IV. CONCLUSIÓN. UN PROCESO DE MARCHAS Y CONTRAMARCHAS

La aprobación en los países de Centroamérica (Cuarezma, 2001, p. 457) de la Convención y los procesos de reformas con la finalidad de adecuación a ella, han permitido desarrollar una discusión seria sobre los derechos y responsabilidades de la niñez y la adolescencia, abordando, en consecuencia, la perspectiva de éstos como sujetos de derechos y sujetos sociales. No obstante, en el istmo centroamericano, ha nacido una «paradoja» con respecto a la responsabilidad penal, puesta de manifiesto por un estudio realizado por Naciones Unidas para evaluar el Estado de la Región. Este estudio indica que, por un lado, las legislaciones apuntan hacia modelos garantistas, respetuosos de los derechos humanos y tolerantes; por otro lado, los sistemas de administración de justicia muestran todavía rezagos autoritarios y grandes carencias materiales. Esta paradoja entre lo que la ley señala (el Estado legal) y lo que la realidad muestra (el Estado real), señala el referido estudio regional, se ve agravada por la falta de tradición jurídica en la mayoría de los países, lo que se convierte en un serio obstáculo para la implementación legislativa. Este informe expresa que, aunque la reforma legislativa no es suficiente, sí puede constituir un buen inicio para replantear y reconstruir la realidad social. Para esto, no solamente se requiere, como está claro, de recursos económicos sino, también, de vigorosas políticas públicas sobre la niñez y la adolescencia y, sobre todo, de una voluntad para no reducir los temas de niñez y adolescencia sólo a los relacionados con la infracción de la ley penal.

La hazaña de la implementación de este tipo de legislación es de marchas y contramarchas, no pudiendo anticiparse con exactitud, por lo tanto, la llegada a puntos predeterminados más bien establece un sendero estratégico, cuya viabilidad es perfectamente autoreforzable, a medida que las principales propuestas que contempla sean puestas en prácticas.

Este tipo de legislación no puede o debe ser percibido tan sólo como un texto legal más o menos sistemático y articulado de derechos, libertades, garantías y responsabilidades, como una secuencia de transformaciones del orden jurídico interno, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado constable, una transformación cultural de gran dimensión. Los problemas del derecho y la justicia en la región centroamericana no son solamente un problema derivado de la calidad, vigencia o no del ordenamiento jurídico o de las condiciones materiales del Estado, sino también producto de una cultura asumida por la propia sociedad.

Por tanto, la aplicación legal debe de abordarse estratégicamente también desde el punto de vista cultural basado en el comportamiento social.

Las violaciones de los derechos de la niñez y adolescencia, por ejemplo, se producen lamentablemente a pesar de la existencia de algunas garantías en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho no es (salvo excepciones) un valor ni un punto de referencia fundamental. Por tanto, debe implantarse el Estado de Derecho constitucional como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de internalización de forma individual (educación y familia).

Continuar con la aplicación de la legislación y promover la necesaria transformación cultural para su efectividad, sigue siendo un gran desafío, que supone además en términos políticos un gran empeño para la creación de un modelo nuevo de ciudadanía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1985) *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores*. «Reglas de Beijing». Resolución 40/33 de la Asamblea General de la onu, del 28 de noviembre de 1985.
- Asamblea Nacional de Nicaragua. (1998). Ley No. 287. *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Publicada en La Gaceta Diario No. 97 del 27 de mayo de 1998. Nicaragua. Recuperado de: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/\(\\$All\)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4bde?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4bde?OpenDocument)
- ARMIJO, G. (1998). La tutela constitucional del interés difuso. En *Serie de Políticas Sociales*, UNICEF, Costa Rica.
- BACIGALUPO, E. (1983). Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores a la ley penal en Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Venezuela. *Revista ILANUD*, año 6, (#17-18) San José.
- BELOFF, M., CILLERO BRUÑOL, M. & GARCÍA TAENGUA, E. (1998) *Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Prefacio de Luigi Ferrajoli. Temis, Desalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires.
- BONNER, K.; CARRANZA, E. & STEFFENS R. (1997). *Delito y Seguridad de los habitantes*. Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD, Comisión Europea. San José. Costa Rica. [resultado del proyecto ILANUD, Comisión Europea «Reflexión científica sobre el delito y la seguridad de los habitantes»].
- CARRANZA E. (1994). *Criminalidad: ¿Prevención o promoción?* UNED. SAN JOSÉ, Costa Rica.
- CARRANZA, E., & MAXERA, R. (1995). El control social sobre niños, niñas y adolescentes en A. Baratta y Sneider Rivera (Ed.) *América Latina. La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal* (63-82). San Salvador.

- CARRANZA, E. & CUAREZMA TERÁN, S. (1996). Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: Diagnóstico Jurídico y Sociológico del sistema vigente. Managua: UCA.
- CARRANZA, E. & SOLANA, E. (1996) Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos. San José: ILANUD/COMISION EUROPEA.
- CARRANZA E (2000). Garantías básicas de carácter penal, procesal y ejecución en la justicia penal de adolescentes del código de la niñez y la adolescencia en Nicaragua. *Doctrina. Revista penal*, (No. 5) pp. 3-21. La Mancha: PRAXIS, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad Castilla.
- CARRANZA, E. (2013, junio) *Menores de edad, delito y prisión en América Latina ¿Qué hacer?* Conferencia dictada en Estocolmo.
- CARRANZA, E. (2012) Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? En CDH. *Anuario de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>
- CILLERO BRUÑOL, M. (1998). El Interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En E. García Méndez (Comp.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*.
- CILLERO BRUÑOL, M. (2007). El Interés Superior del Niño en el Marco de la convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En UNICEF. *La Justicia y Derechos del Niño* (pp. 125-142). Santiago: UNICEF. Recuperado de http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf#page=125
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2002, agosto). *Opinión Consultiva OC/2002 solicitada por la sobre la «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño»*.
- CUAREZMA TERÁN, S. (1997). *Código de Instrucción Criminal. Comentado, Concordado y Actualizado*. Managua: Hispamer.
- CUAREZMA TERÁN, S (1998). Código Penal. Comentado, Revisado y Actualizado. Managua: Hispamer.
- CUAREZMA TERÁN, S. (2001). La justicia penal de adolescente en Centroamérica. En José Martín Ostos (Dir). *Anuario de Justicia de Menores*, (No. 1) Sevilla.
- CUAREZMA TERÁN, S. (2002). Código de Instrucción Criminal. Comentado, concordado y actualizado. Managua: Hispamer.
- CUAREZMA TERÁN, S. (2015). Mitos y realidades sobre la legislación de niñas, niños y adolescentes de Nicaragua. En C. Tiffer (coord.) *Homenaje a Elías Carranza, Justicia penal, política criminal y Estado social de derecho en el siglo XXI*, (Tomo I) (pp. 95-131) Argentina: EDIAR. Recuperado de <http://www.sergiocuarezma.com/wp-content/uploads/2015/11/Mitos-y-realidades-de-ni--as-y-ni--os-y-adolescente-en-nicaragua.pdf>
- DE HOYO, S. M. (2004). El detenido y sus derechos. *Breviarios Jurídicos* (No. 4), Managua: Hispamer.
- DURÁN, D. (2012). *Prevención de la violencia juvenil y fortalecimiento del sistema de justicia penal juvenil*. Managua: ILANUD, AECID, Escuela Judicial de Costa Rica. INEJ.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther. (2002). La valoración del Interés Superior en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los

- menores. *Anuario de Justicia de Menores* (N.º II) Sevilla: Universidad de Sevilla.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1992, julio). La Convención de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujetos de derechos. *Revista Foro Penal*, (# 57).
- GARCÍA MÉNDEZ, E. & BELOFF, M. (Comp). (1998). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. TEMIS y Depalma.
- GIMÉNEZ SALINAS, E. & GONZÁLEZ ZORRILLA, C. (1983, abril). Jóvenes y cuestión penal en España. *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, (#3) Madrid.
- GURDIÁN HAMYN. (2004, 1 de febrero). Entrevista. *La Prensa*. Edición N.º 23,349.
- HOUED, M; SÁNCHEZ, C. & FALLAS, D. (1997). *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. San José: Escuela del Poder Judicial.
- HOUED, M. (Coord). (2000). *Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal*. (1 Ed.) Managua: Hispamer.
- IBÁÑEZ, A. (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada en psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza Editorial.
- IIDH/DE PALMA. (1986). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)* Buenos Aires: IIDH.
- Infancia y Derechos Humanos (1993). *Conferencia*, San José.
- ILANUD. (1997). *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*. Escuela Judicial y Unión Europea.
- JAÉN VALLEJO, M. (2004). *Principios y Garantías del Proceso Penal*. Managua: API-CEP de la UPOLI.
- JESCHECK, Jans H. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo I), Bosch.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J. (1997). *La Prisión Preventiva*. (Ed. 1) San José: UCI.
- LUZÓN PEÑA, D. (1995). *Iniciación a la Teoría General del Delito*. Managua: UCA.
- LUZÓN PEÑA, D. (1996). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Universitaria, S.A.
- MARTÍN LÓPEZ, M. (2000). *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas*. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca.
- MAXERA, Rita. (1992). *La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales, en Del revés al derecho: La condición jurídica de la infancia en América Latina*. Buenos Aires: Bolerna.
- MAXERA, R. & CARRANZA E. (1999). Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina. *Estudios de Derecho Judicial*. (No. 18).
- MAXERA, R. (2005, abril). *Mecanismos Restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles; Latinoamérica y España*. Informe presentado en el Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y la justicia criminal. Bangkok.
- MIR PUIG, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General*. (Fundamentos y Teoría del Delito). (3ra ed.). PPU.
- MORA MORA, L. & NAVARRO SOLANO, S. (1995). *Constitución y Derecho Penal*. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica.
- PEDRAZ PENALVA, E. & ZAFFARONI, R. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Managua: Hispamer.

- PEDRAZ PENALVA, E. & ZAFFARONI, R. (2004). *Documentos Penales y Criminológicos* (DPC), (Vol. 2) Managua: Hispamer.
- RIVERA, Sneider. (1998). *La nueva Justicia Penal Juvenil. La experiencia del El Salvador*. San Salvador.
- TREJO, M; Serrano A; Rodríguez D & Campos Ventura J. (1994). En *Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador.
- UNICRI. (1990). Prehistoria e Historia del Control socio-penal de la infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina. *Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos*. (42), Buenos Aires: Galerna.
- ZAPATA LÓPEZ, R (1999). El artículo 71 de la Constitución Política y el Código de la Niñez y la Adolescencia. *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*. Managua: Hispamer.
- ZAFFARONI, E. (1990). Los menores y la ley, en Pibes unidos y la ley. *Colección cuadernos* (#1) Buenos Aires.

El origen de la doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática derecho penal
Universidad Jaume I de Castellón



I. IGNACIO BERDUGO O EL SUBLIME ARTE DE RECIBIR

CONOCÍ A IGNACIO BERDUGO cuando yo apenas tenía veinte años. Por entonces, él ya era el prestigioso catedrático a cuyo nombre irá unida para siempre la Universidad de Salamanca. Allí me lo presentó quien luego sería mi maestro y, hasta entonces, sólo era el padre de mi amiga Ana. Allí viajamos los tres en un BMW que Vives conducía como si no hubiera un mañana y allí nos recibió magníficamente el Dr. Berdugo. El marco era grandioso: Salamanca y sus cursos de verano para estudiantes venidos de todos los rincones del planeta. El anfitrión, insuperable. El Dr. Berdugo se revelaba ante aquellas dos jóvenes universitarias como lo que siempre ha sido: un hombre inteligente, sagaz, ocurrente, lúcido, elegante, afectuoso y, sin discusión, el más apuesto y distinguido de cuantos— con permiso de Don Luis, que tampoco se queda atrás— hayan llevado el birrete de rector.

Por aquel curso pasaron mentes portentosas, cuyos planteamientos sobre algunos de los problemas jurídicos nucleares recibíamos entusiasmados muchos jóvenes estudiantes que asistíamos al prodigio que representa ver cómo una cosa ya conocida adquiere una dimensión hasta entonces desconocida. Allí aprendí, por ejemplo, que la estructura de la norma es importante pero que su función es, en realidad, lo trascendente y que la reserva de ley es mucho más que la prohibición de irretroactividad o

analogía. Aquellos cursos fueron durante décadas el Woodstock anhelado por los estudiantes que, además de recitar los Códigos, aspirábamos a servirnos del Derecho para construir un mundo mejor. A eso ha dedicado también Ignacio Berdugo sus muchos años como universitario ejemplar. A él y a su escuela –herederos del Estudio salmantino que les llena de orgullo¹– debemos muchas cosas, de entre las cuales quiero destacar el hecho de haber convertido Salamanca en el hogar de una comunidad universal de juristas que debiera servir de ejemplo a los gobiernos, empeñados en hacer del mundo opulento un lugar de exclusión o, en el mejor de los casos, de desarraigo.

Salamanca e Ignacio, Ignacio y Salamanca son un puente entre culturas y también la fuente de muchas vocaciones universitarias. La mía nació en aquellos cursos de verano, a los que, por cierto, acudí con una maletita horrible que entre mi familia siempre fue conocida como «la de Salamanca». Hoy está, como algunas de mis ilusiones de juventud, hecha unos zorros. Aunque por decoro no la uso, la conservo. Esa maleta guarda el recuerdo imborrable de nocturnas correrías juveniles que enlazaba sin muestra alguna de cansancio con días claros llenos de sabiduría. Estos últimos tuve la inmensa fortuna de compartirlos con Vives y Berdugo, dos grandes maestros con los que todos los penalistas tenemos una gran deuda gratitud. Y ya que mi maestro no puede rendir al Dr. Berdugo el homenaje que quisiera, dedicaré las modestas líneas que siguen a escribir sobre un tema que representa, en realidad, hablar por boca de Tomás para homenajear a su amigo Ignacio.

II. QUÉ ES Y QUE NO ES LA DOCTRINA DEL EFECTO DE DESALIENTO: DESHACIENDO EQUÍVOCOS

El efecto de desaliento es el resultado disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, razón por la cual se estima que recurrir al derecho penal

¹ Son tantos los lugares en los que Ignacio BERDUGO ha demostrado su admiración por la labor de los estudiosos salmantinos que toda cita será necesariamente incompleta. Aún así, da gusto leer y, por tanto, hay que citar, al menos, los siguientes trabajos: «La Universidad de Salamanca y el estudio del Derecho Penal» en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, n.º 683-684, 2002, «Desde Salamanca, un poco de historia», en MORALES PRATS, F/TAMARIT SUMALLA, J.M.³/GARCÍA ALBERO, R., *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero*, Aranzadi, Pamplona, 2018 pág. 69-85.

para sancionar esas extralimitaciones es desproporcionado. Dicho de otro modo, el castigo de una conducta que, pese a su ilicitud, se desarrolla en el contexto del ejercicio de un derecho fundamental— y, por tanto, no está absolutamente fuera de sus fronteras— puede conducir al ciudadano a desistir de ejercitar legítimamente el derecho ante el temor de que su conducta, finalmente, caiga del lado de la red que separa lo lícito de lo penalmente ilícito. Así las cosas, se estima contrario a las exigencias de la prohibición de exceso utilizar la amenaza penal —en el sí y/o en el cuanto— para que, ante semejante dialéctica, el ciudadano opte por abstenerse de actuar.

Por consiguiente, cuando decimos que la norma penal no debe producir ese efecto, de lo que hablamos es de evitar que la sanción de la conducta ilícita pueda desalentar el que se lleven a cabo otras que sí son legítimas. Dos son, por tanto, los elementos claves del concepto: a) la finalidad es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y b) su aplicación —legislativa y judicial— se proyecta sobre conductas que no son ejercicio legítimo de un derecho, sino extralimitaciones del mismo.

Resulta pues, como en otro lugar ya expuse con mayor detalle², que el primer equívoco que hay que deshacer es el de confundir el referido efecto con los legítimos fines de prevención general y especial a través de los cuales la pena cumple su función de tutela. Pese a lo que Bilbao Ubillos ha dicho, la proscripción del desaliento no busca «proteger a delincuentes y a terroristas frente a la ley»³, sino, por el contrario, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales proscribiendo que el derecho penal —la ley o la interpretación de la ley— sea un factor de desánimo del ejercicio legítimo de un derecho, por lo que la exclusión de la pena o el recurso a mecanismos legales que la moderen es el justiprecio— por usar el símil del constitucionalista mencionado— que en un Estado de Derecho hay que pagar para satisfacer el deber positivo que para ese Estado se deriva de la dimensión institucional de los derechos fundamentales.

La segunda confusión afecta a la aplicación de la doctrina del *chilling effect* a conductas que entran inequívocamente dentro del contenido del derecho constitucionalmente protegido y respetan los límites establecidos para su ejercicio. En principio, una correcta técnica legislativa habrá

² «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», Iustel, *RGDP*, n.º 8, noviembre 2007. En el mismo sentido, COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto de desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, n.º 41 (2019), p. 112.

³ «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al Legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, p. 322 y 323).

dejado ya fuera del tipo conductas que representan como regla general el ejercicio del derecho fundamental. De hecho, si lo sancionado es una conducta que, con carácter general es ejercicio de uno de tales derechos, habría que plantear cuestión de inconstitucional. Sin embargo, el ejercicio de muchas libertades (vg. de expresión) puede colisionar con otros derechos que también tienen el carácter de derechos fundamentales y, por ende, es legítimo que el legislador incluya en el tipo conductas que los lesionan aunque, bajo ciertas condiciones (no como regla general), puedan ser ejercicio de las libertades que nos ocupan y, por tanto, sea obligado articular la absolucón por la vía de la exclusión de la antijuridicidad. En tales casos, aunque la conducta pueda caber en el tenor literal del tipo, el juez, en el previo examen acerca de si la conducta enjuiciada constituye o no ejercicio de un derecho, debe excluir su castigo directamente aplicando la eximente prevista en el art. 20.7 CP, sin entrar, pues, a analizar si sancionarla es o no contrario a las exigencias de la proporcionalidad⁴.

Hay conductas, sin embargo, que pese a ser excesos en el ejercicio del derecho, se relacionan con el mismo porque no son, en puridad de términos, hipótesis que queden fuera de las fronteras del derecho, el límite conceptual más allá del cual el derecho en cuestión deja de existir⁵. Algunas hipótesis que *ab initio* podrían subsumirse en el tenor literal de los delitos cometidos «con ocasión» del ejercicio de derechos fundamentales y las libertades públicas previstos en el capítulo IV del Título XXI CP son el mejor, aunque no el único, ejemplo de aquel tipo de conductas, que, me permito insistir, no es un *tertium genus*⁶ entre la licitud y su contrario.

⁴ Referir el efecto de desaliento a «la limitación desproporcionada de un derecho fundamental» induce a confusión porque sugiere nuevamente que la proporcionalidad contribuye a delimitar el contenido intangible del derecho. (cfr. LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes*, Madrid, 2011., p. 55.

⁵ Por el contrario, los excesos que quedan fuera de esas fronteras desnaturalizan y desfiguran el derecho en cuestión (así, vg. manifestar entusiasmo por la victoria de mi equipo montando una peligrosa pirotecnia de truenos en mi terraza nada tiene que ver con el derecho consagrado en el art. 20 CE y las posibles sanciones no representan, pues, límite alguno al ejercicio del derecho)

⁶ Me permito, pues, discrepar de las consideraciones que hace GARCÍA AMADO en el sentido de que con ello se esté creando una «zona intermedia» entre el ejercicio de un derecho justificado y un ejercicio ilegítimo, dando paso a una suerte de ejercicio abusivo que excusa de responsabilidad penal («Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la STS 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en CUERDA ARNAU, ML./GARCÍA AMADO, J.A. *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016, p. 206). Lo que se está diciendo no es exactamente eso. Lo que decimos es que no cabe reaccionar desproporcionadamente contra el acto ilícito, que podrá ser sancionado pero deberá serlo de manera proporcionada, lo que,

Son conductas ilícitas. Cuestión distinta es que deban ser penalmente castigadas.

III. LA FUNCIÓN DOGMÁTICA DE LA DOCTRINA DEL DESALIENTO: CUESTIONES BÁSICAS

Como decía, un legislador –y también un juez– convencido del deber positivo que todos los órganos de un Estado democrático han contraído con los derechos fundamentales debe distinguir la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y su relevancia penal, de modo que no todo exceso puede ser penado y, de serlo, es exigible que la pena respete los angostos límites que ante tales hipótesis impone la proscripción del desaliento como criterio inserto en el principio constitucional de prohibición de exceso para garantizar que la condena penal no produzca un efecto disuasor del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.

Para el legislador ello implica, entre otras cosas, abstenerse de castigar –o hacerlo muy levemente y respetando al máximo el mandato de certeza⁷– conductas expresivas muy cercanas al ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, razón por la cual la actual política criminal expansionista en esta materia resulta muy criticable⁸.

En el momento aplicativo, ante conductas que son extralimitación en el ejercicio de un derecho fundamental, el efecto de desaliento despliega su función dogmática en estos dos ámbitos: en la tipicidad, orientando

en ocasiones, excluirá la vía penal y, en otras, exigirá atemperar la reacción utilizando a tal efecto los oportunos mecanismos legales.

⁷ Pues, cuanto mayor sea la amplitud y vaguedad del precepto, mayor será la inhibición del ciudadano a la hora de ejercer sus derechos constitucionales.

⁸ Así lo puso ya de manifiesto la Dra. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS en su magnífico estudio *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, *passim*. La literatura sobre el particular es amplísima pero permítaseme que me limite a citar los trabajos de mis compañeros de escuela, ALONSO RIMO («Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4 2010), y CORRECHER MIRA (El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la lo 2/2015 en materia de delitos de terrorismo», en *Revista General de Derecho Penal*, 27, 2017) Más recientemente, es cita imprescindible la obra de ALCACER GUIRAO en la que su autor se muestra extraordinariamente crítico con el legislador pero también, y sobre todo, con el Tribunal constitucional, del que llega a decir que en materia de libertad de expresión ha impuesto a la jurisdicción ordinaria una concepción jibarizada del derecho fundamental (*La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, 2020, p. 211).

la subsunción jurídica y en la penalidad, guiando la determinación de la pena. En el juicio sobre la tipicidad, no basta con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley y, por tanto, elimine de la órbita del tipo las conductas que claramente están fuera de la zona indudable de exclusión. Es, además, preciso que su interpretación no sea incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho, cuyo legítimo ejercicio no puede resultar desalentado por una amplia interpretación del tipo ajena a las exigencias de la proporcionalidad penal. En la determinación de la pena, por su parte, la proscripción del desaliento obliga al juez a servirse de los diferentes instrumentos que permitan atemperar la reacción penal: desde la imposición del mínimo legal, hasta la elección, de existir esa opción, de una pena alternativa menos grave, pasando por la aplicación de la atenuante análoga a la exigente incompleta de ejercicio de un derecho, recurriendo a los mecanismos de suspensión o sustitutivos o, incluso, solicitando un indulto parcial. Tomar esa exigencia en consideración al aplicar el derecho penal ni supone contradicción alguna, ni tampoco implica caer, como dice García Amado, en «un radical casuismo y una sorprendente y revolucionaria justicia penal del caso concreto»⁹ Por supuesto, comparto con mi admirado filósofo sus severas críticas a las «metodologías ponderativas». En primer lugar, es obvio que en nuestro sistema de fuentes no cabe ponderación judicial alguna contra la ley. En segundo lugar, como también mi maestro ha dicho en infinidad de ocasiones, la ponderación como método para determinar el contenido intangible de un derecho acaba con el derecho mismo porque abre una brecha incontrolable por la que penetra la opinión que cada juez concreto estima preferible en un momento determinado. Por ello, no es posible utilizar el método ponderativo para delimitar el ámbito del derecho fundamental afectado. Sin embargo, esto último no se opone a que la proporcionalidad, que no cabe frente a la ley, se inserte en ella para garantizar que la interpretación judicial de la misma no sea contraria a la efectividad del derecho, lo que, reitero, exige interpretar el tipo de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental y aprovechar cuantas posibilidades ofrece la norma para ajustar la reacción a la gravedad de la ofensa.

⁹ «Sobre ponderaciones y penas», cit, p. 204.

IV. EL ORIGEN DEL EFECTO DE DESALIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: TRES VOTOS PARTICULARES EJEMPLARES

Como es sabido, la doctrina del efecto de desaliento hunde sus raíces en la jurisprudencia constitucional norteamericana, que se ha servido de ella fundamentalmente para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas expresivas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una prohibición cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido¹⁰. Estas circunstancias, a juicio del Tribunal Supremo norteamericano, incrementan el desaliento que de suyo genera cualquier prohibición y, por tanto, obligan al legislador a respetar el amplio espacio (*breathing space*) que precisa la libertad de expresión y, en consecuencia, a buscar una alternativa menos restrictiva (*Less Restrictive Alternative Doctrine*)¹¹. De igual modo, es sobradamente conocido el recurso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hace de la referida doctrina. Al margen de otros célebres pronunciamientos¹², baste recordar que ya en el caso *Castells*¹³ el TEDH tuvo que recordar al Estado español que la vía penal debe usarse con extremada moderación para evitar acortar indebidamente los límites de la crítica política y lo mismo hubo de reiterarnos

¹⁰ Vid. v.g. TRIBE, L. *American Constitutional Law*, ed. Foundation Press, Mineola-New York, 1988, p. 1022 y ss (cfr. 3.ª edición, 2000, Vol. II, cap. 12 y 16); SCHAUER, F., «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect», *Boston Law Review*, vol. 58, 1978, p. 693 y ss; para una visión comparativa, resulta de interés el estudio que el profesor de Harvard nos ofrece en «Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture», en NOLTE, G. (ed.) *European and U.S. Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2005, pp. 49-69.

Entre las decisiones de la Corte que se estiman ya un clásico cabe citar, entre otras, las siguientes: *Schneider v. New Hampshire*, 308 US 147 (1939), *New York Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964), *Smith v. Gogen*, 415 US 566 (1974), *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 US 205 (1975), *Rock Against Racism v. Ward*, 491 US 781 (1989), *Janet Reno, Attorney General of the United States et. al. v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844 (1997); *Ashcroft, Attorney General et al. v. Free Speech Coalitions* 535 US 224 (2002).

¹¹ Vid. sobre esta cuestión, BASTRESS, R.M. «El principio de alternativa menos restrictiva en Derecho constitucional norteamericano», en *Cuadernos de derecho público*, monográfico sobre el principio de proporcionalidad, n.º 5, cit. p. 238 y ss.

¹² Así, caso *Lingens* (STEDH de 8 de julio de 1986), caso *Barford* (STEDH de 22 de febrero de 1989), o asunto *Incal contra Turquía* (STEDH de 9 de junio de 1998).

¹³ STEDH de 23 de abril de 1992, vid. especialmente apartado 46.

en el asunto Otegi contra España¹⁴ y, más recientemente, en relación con la condena a Tasio Erquicia (STEDH 22 junio 2021).

En todo caso, aquí me referiré exclusivamente al uso que nuestro TC, al igual que otros de nuestro entorno¹⁵, ha hecho de la doctrina que nos ocupa. Más concretamente, me centraré en desvelar el muchas veces ignorado origen de la misma en nuestra jurisprudencia constitucional, pues es erróneo decir que la doctrina del efecto de desaliento surge de manera espontánea en la STC 136/1999. Por el contrario, su definitiva implantación viene precedida de reflexiones previas en el seno del Tribunal motivadas por tres votos particulares formulados por el magistrado Vives Antón en tres asuntos relacionados con el honor y la libertad de expresión, un ámbito al que nuestro homenajado ha dedicado excelentes trabajos¹⁶ en los que nos dejó sentadas las bases para el posterior desarrollo del eterno conflicto entre el honor y la libertad de expresión.

¹⁴ STEDH 15 marzo 2011 (vid. especialmente apartado 58).

¹⁵ Así, por ejemplo, el *BVerfG* incorpora de manera natural la doctrina del chilling effect a su análisis de la prohibición de exceso. Curiosamente, una de las sentencias en las que el recurso al efecto de desaliento recuerda al que de él se hiciera en la STC 136/1999 es la dictada el 30 de marzo de 2004 a propósito del recurso de amparo interpuesto por unos abogados que fueron condenados como autores de un delito de blanqueo de capitales por haber recibido de sus clientes en concepto de provisión de fondos dinero que sabían procedente de una estafa. Ante ello, el *BVerfG* utiliza, como lo hiciera el TC, el principio de proporcionalidad como cláusula de cierre del análisis de la legitimidad de la intervención. De hecho, los recurrentes alegaron que la amplísima redacción del tipo vulneraba las exigencias de legalidad pero el Tribunal no aceptó tal reparo, aunque sí entendió que la aplicación del tipo a cualquiera de los posibles destinatarios vulneraría las exigencias de proporcionalidad estricta. A juicio del *BVerfG*, una interpretación de aquella naturaleza podía producir un efecto de desaliento del ejercicio de derechos fundamentales, pues el riesgo de ser imputado por ese delito pone en peligro el derecho del defensor penal a realizar su actividad y puede perturbar el nacimiento de una relación de confianza fundamental para el correcto ejercicio del derecho de defensa. En su virtud, concluyó afirmando que el respeto al principio de proporcionalidad exige una reducción del ámbito de aplicación del tipo, de modo que éste sólo resulte aplicable a los abogados que en el momento de aceptar el mandato y el pago de honorarios saben con seguridad que el dinero procede de alguno de los delitos mencionados en el precepto.

¹⁶ Entre otros, *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, Madrid 1987; «La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español», *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, V. 65, 1989, págs. 263-275; «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal», *ADPCP*, T. 454, Fasc/Mes 2, pp. 339-362.

El primero¹⁷ de aquellos votos particulares lo formuló Vives a la sentencia 78/1995, de 22 de mayo.

El recurso de amparo está motivado en la pretendida vulneración del derecho al honor de los demandantes, que ocupaban los cargos de consejero-delegado y director general de la empresa propietaria de los periódicos «La Provincia» y «Diario de Las Palmas». El origen de la queja está en la previa desestimación de la querrela presentada contra el autor de un artículo aparecido en el periódico «Canarias 7» en el que bajo el título «Cartas boca arriba», se aludía a lo que el autor entendía que había sido la trayectoria profesional de los hoy demandantes de amparo y su influencia en la vida política, social y cultural de las islas. A tal efecto, el autor del artículo no se limitó a mostrar su pensamiento crítico acerca de la manipulación de algunos medios de comunicación que les atribuía, sino que acompañó sus comentarios con calificativos tales como «piratas», «falsos beatos», «embusteros», «difamadores y perros», aludiendo a «sus antojos, sus ambiciones, sus egoísmos, sus intrigas, sus venenos y sus papeles», remitiéndose, además, a una supuesta conversación en la que se calificaba a uno de los recurrentes de cínico, egoísta, ególatra y personaje siniestro. Pues bien, a juicio de mayoría, «para hacer llegar el mensaje de que manipulaban ciertos medios de comunicación no resultaba necesario acompañarlo de toda esa serie de improperios que nada añadían a esa idea-eje y que excedían con mucho de la crítica acerba que debe soportar un personaje público en lo relativo a su actuación en tal concepto». En consecuencia, la mayoría estima que los órganos jurisdiccionales «no han llevado a cabo una correcta ponderación de los derechos constitucionales en conflicto que debiera haberles conducido a negar toda eficacia justificante respecto de las mismas al ejercicio del derecho reconocido en el art. 20.1 a) C.E» (FJ. 5), razón por la cual procede a anular las sentencias y retrotraer las actuaciones para que se dicte nueva sentencia, lo cual, por sí solo, ya es objetable desde la perspectiva del art. 24.2, cuestión que ahora no interesa. Frente al sentir de la mayoría, el magistrado Vives, con la concisión de los maestros, expone:

«La libertad de expresión y, en concreto la libertad de crítica a la actuación de los personajes públicos, necesita un amplio espacio para desarrollarse y, aunque en casos como el presente no resulte directamente menoscabada, el recurso a la vía penal puede afectarla indirectamente desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable en un régimen

¹⁷ En realidad, VIVES redactó primero el voto particular a la STC 79/1995, de ahí que en la STC 78/1995 se refiera a un voto supuestamente anterior que busqué denodadamente en lugar de ir a la fuente para, finalmente, ratificar que el orden no es virtud que adorne a mi maestro.

de libertad de expresión cual el que la Constitución española consagra. Si bien la libertad de expresión no comporta ningún derecho al insulto, creo que las expresiones insultantes vertidas en el presente caso ni son lo suficientemente fuertes ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que en el artículo enjuiciado se efectúa como para que el recurso al derecho penal criminal no resulte exorbitante y no comporte un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública. La amplitud del espacio a que antes me refería ha de ser, pues, mayor cuando, ante el posible exceso, entre en juego la reacción primitiva.

La mera posibilidad de que aquí se castigue penalmente el exceso, me parece contraria al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión. Por ello, mi decisión hubiera sido la de otorgar parcialmente el amparo reconociendo que el derecho al honor ha sido injustificadamente vulnerado sin anular las decisiones absolutorias en la vía penal. Con ello se habría producido ya una reparación al recurrente y, en cualquier caso, la vía civil para obtener una compensación económica hubiera quedado, en principio, abierta».

El segundo de los votos lo formula Vives a la STC 79/ 1995, de 22 de mayo, en la que se estima el recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho al honor del recurrente. En este caso, la conducta consistió en las afirmaciones vertidas por el demandado en el editorial de un diario, en el cual, bajo el título «Provinciana obsesión» se aludía al Sr. Alcalde, calificándosele de representante en Canarias de una cuadrilla que, dirigida por el Sr. X, intentaba, entre otras cosas, «conseguir con el amedrantamiento lo que no es capaz de lograr con la razón y el juego limpio» y «denigrar todo aquello o a aquellos que en un momento determinado optaron por no secundar las intolerables exigencias, auténtico impuesto revolucionario exigido con guante blanco, de quienes se creyeron en condiciones de imponer un modelo colonial que tan sólo puede existir en sus trasnochados delirios de grandeza». Se habla en el artículo de los recurrentes como de un «herpes redivivo», se califica su tarjeta de presentación como tiñosa, sus ataques como abyectos, etc. Se les atribuye urdir oscuras maquinaciones y, reiteradamente se habla de ellos como cuadrilla que suele propinar caricias de pezuña. Pese a ello, los órganos judiciales de instancia y de apelación absolviéron al director del periódico y el TC denegó el amparo. Pero también aquí Vives tenía algo que decir. Y dijo:

«Estoy conforme con el fallo de la Sentencia (...). Sin embargo, no puedo compartir la fundamentación que lo sustenta y mi discrepancia implica (...) un acogimiento parcial del amparo solicitado.

(...) No veo que tales manifestaciones se hallen cubiertas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y pienso que la Sentencia

afronta dos problemas (el de si se han sobrepasado los límites de la libertad de expresión y el de la relevancia penal de ese exceso); pero razona sólo sobre uno y, en la medida en que lo hace, no resulta acertada. (...). Para llegar a una resolución (...) respetuosa con el contenido esencial de la libertad de expresión y que no menoscabe el derecho al honor, tan fundamental como aquélla, procede en mi opinión, abordar el tema planteado desde otra perspectiva, esto es, no desde la perspectiva de si se han sobrepasado los límites de la libertad de expresión a que se refiere el art. 20.4 C.E., sino desde la perspectiva de si ese exceso justifica o no el recurso a la vía penal.

Pues bien: en casos como el presente (...), el recurso a la vía penal es incompatible con la libertad de expresión. La libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse, un ámbito de seguridad lo suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe y, si esto es, en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infrinjan la ley. Si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (a cuyo núcleo pertenece la crítica a personajes públicos) puede producir sobre ésta un «efecto de desaliento» que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones. Esto es, a mi modo de ver, lo que sucede en este caso. Creo incluso que cabría cuestionarse la constitucionalidad misma del castigo de las injurias leves (...). En conclusión, creo que el amparo está bien desestimado, pero no porque no se hayan excedido los límites de la libertad de expresión, sino porque la vía penal que se intentaba seguir no es adecuada en el presente caso para depurar los posibles excesos cometidos».

El tercer voto discrepante con el que Vives incorpora la doctrina del efecto de desaliento a las discusiones del TC es el contenido en la STC 46/1998, en la que se desestima el amparo frente a la condena impuesta al recurrente por un delito de desacato por razón de ciertas manifestaciones de contenido vejatorio que, en su condición de abogado en ejercicio, había efectuado en el curso de una entrevista periodística respecto de la magistrada suplente ante cuyo juzgado se había seguido un procedimiento de naturaleza civil, que calificó de «auténtico desaguisado» «que contraviene claramente lo que debe ser la literatura judicial», lo que atribuye a una «falta de conocimiento supino de la Ley» por parte de la magistrada, lamentándose de «su desconocimiento reiterado» agregando que «los ciudadanos no tienen por qué sufrir a Jueces que desconocen mínimamente el Derecho» para terminar con la frase «no me explico su insistencia en trabajar en algo que desconoce por completo».

En su voto particular decía Vives:

«Estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría en tanto afirma que, en el presente caso se han rebasado los límites de la libertad de expresión (...) y, por consiguiente, nada hubiera tenido que objetar a la Sentencia si nos hallásemos ante una sanción meramente disciplinaria o ante la condena a una reparación civil. Sin embargo, nos encontramos ante una condena penal por delito, sin perjuicio de los avatares posteriores del tipo de desacato que aquí se aplicó. Este hecho cambia, en mi opinión, las pautas de enjuiciamiento constitucional aplicables al caso.

Pues, de una parte, la libertad de expresión, que aquí está en juego, precisa una tutela decidida y enérgica, que abarca la exclusión de todo efecto de censura que pudiera derivar de reacciones desproporcionadas en el caso de que se traspasen sus límites. De ahí cabe concluir que, en supuestos como el aquí enjuiciado, que carecen de suficiente gravedad, no puede utilizarse como medida sancionadora la pena criminal grave, dado que semejante instrumento represivo conlleva un «efecto de desaliento» sobre la libertad de expresión, incompatible con la tutela del derecho fundamental.

Por otro lado, la libertad de expresión, que aquí está en juego, necesita, para desarrollarse según las exigencias del Estado de Derecho que nuestra Constitución proclama, un «amplio espacio», que sólo puede ser constreñido dentro de límites muy precisos. En consecuencia, las exigencias de tipicidad, que han de ser siempre rigurosas, deben extremarse cuando de limitar la libertad de expresión se trata. Desde esta perspectiva, son varias las Sentencias del Tribunal Supremo que niegan el carácter de insulto o injuria a las imputaciones de ignorancia profesional. Cabe hablar, en ese punto, de una doctrina reiterada y respetuosa con los valores constitucionales en juego. No se me alcanza por qué hayamos de permitir, en este caso, una interpretación extensiva de los términos típicos que reduce drásticamente el ámbito del derecho fundamental.

La comparación del supuesto que nos ocupa con el enjuiciado por el Tribunal Europeo en el caso Haes et Gijssels c. Belgique (S. de 24 de febrero de 1997) que se cita en el fundamento núm. 5.º de la Sentencia, ilustra perfectamente cuanto se acaba de decir. Se trataba allí de una serie de artículos periodísticos que, al tachar a los jueces de parciales, les imputaban implícitamente un delito. Frente a esa imputación, se reaccionó con la condena civil a un franco y a publicar la Sentencia condenatoria. Por las mismas razones que cabe, indudablemente, afirmar que en el caso enjuiciado se procedió de modo respetuoso con la libertad de expresión, habría que concluir que, en la Sentencia de la que discrepo, no se le ha dado el valor que la Constitución le otorga».

V. CONCLUSIÓN

La incorporación de la doctrina del efecto de desaliento a las discusiones del TC tiene su origen en tres votos particulares del magistrado Vives Antón en los que se condensa magistralmente la idea de que en el enjuiciamiento acerca de los límites penales a la libertad de expresión es imprescindible distinguir dos cuestiones que, a menudo, se confunden: de un lado, el análisis acerca de si se han sobrepasado los límites de la libertad de expresión y, de otro, si la relevancia penal de ese exceso está constitucionalmente justificada o si, por el contrario, nos hallamos ante una respuesta al conflicto desproporcionada. En cuanto a esto último, la doctrina del efecto de desaliento incardinada en el principio de proporcionalidad obliga a concluir que carece de justificación constitucional sancionar penalmente los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión cuando nos encontramos ante conductas demasiado cercanas al lícito ejercicio de aquella, conclusión que se refuerza cuando dicha libertad se conecta a otros derechos fundamentales.

Lamentablemente, la referida doctrina está hoy en franco retroceso en nuestra jurisprudencia constitucional. Decisiones como las adoptadas por la mayoría en las SSTC 192/2020, 91/2021 o 122/2021 suponen un grave retroceso en materia de derechos fundamentales, lo cual exige un análisis que, sin embargo, los razonables límites impuestos por nuestros amables anfitriones obligan a postergar.

Derechos humanos y prisión

Alberto Daunis Rodríguez
Universidad de Málaga



I. INTRODUCCIÓN

EN UN HOMENAJE AL PROFESOR BERDUGO no podía sino que abordar la cuestión de los derechos humanos en el ámbito penal. Su preocupación e interés por situar los derechos humanos en la órbita del derecho penal ha sido constante en toda su carrera, bien mediante su inclusión en los programas formativos de las distintas enseñanzas relacionadas con el derecho penal –desde la asignatura de derecho penal, parte general en el grado o licenciatura en derecho, hasta los distintos posgrados impulsados por el Área de derecho penal de la Universidad de Salamanca– o bien en su labor investigadora. Precisamente, la primera vez que recibí clases del profesor BERDUGO fue en la asignatura sobre Derechos Humanos que impartía en el seno del Master de Derecho penal de la Universidad de Salamanca. Años más tarde, tuve la oportunidad de participar en la docencia de «su grupo de Parte General» y abordar gran parte de la asignatura desde la perspectiva de los derechos humanos.

A pesar de los importantes cambios que ha sufrido el derecho penal en los últimos tiempos, el profesor e investigador BERDUGO nunca cayó en la tentación de relegar la cuestión de los principios y garantías penales a un lugar residual o secundario en su labor docente e investigadora, sino que después de siempre ha constituido el eje de la misma. No en vano, en su magnífica lección inaugural del curso 2018/2019 en la Universidad de Salamanca ya advertía como el punto de partida para abordar el derecho penal «no puede ser otro, de acuerdo con las bases del Estado de Derecho, que el hombre, su dignidad y sus derechos, lo que necesariamente nos conduce a los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, vinculados a

una sociedad personalista, como la constitucionalmente recogida, que deben condicionar la selección de bienes jurídicos y de las conductas, que por lesionarlos o ponerlos en peligro, son consideradas como delitos»¹.

Mi contribución al presente homenaje aborda algunos de los derechos humanos que pueden vulnerarse en la aplicación o ejecución de la pena de prisión. Concretamente, analizaré como el sistema penas español ha derivado en un modelo espacialmente retributivo desechando o relegando el derecho del condenado a la reinserción social.

Asimismo, no solo las reformas del código penal destinadas a aumentar la duración de las penas en los últimos dificultan la reinserción social sino también la escasez de programas y actividades de tratamiento. Finalmente, me detendré en el análisis de la prisión permanente revisable, los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento y el aislamiento penitenciario como sanción disciplinaria. Y todo ello pasado por el tamiz de los derechos humanos y de los principios y garantías constitucionales que deben respetarse y salvaguardarse en cualquier fase de la ejecución de una pena de prisión.

2. EL MODELO DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS ESPAÑOL COMO SISTEMA PURAMENTE PRISIONISTA

Por si misma, la pena de prisión afecta directamente a uno de los derechos humanos más importantes, la libertad. No obstante, esta privación de libertad se justifica o fundamenta como una forma de «mal necesario» o de la última herramienta o el único instrumento para responder a comportamientos gravemente antisociales, esto es, los delitos. La privación de libertad es, por tanto, o, al menos, debería serlo, una excepción en nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, nuestro sistema de consecuencias jurídicas al delito se ha convertido en las últimas décadas en un sistema especialmente prisionista, en el que, la prisión va adquiriendo, cada vez más, un papel claramente protagonista, cediendo el paso o perdiendo fuerza otras formas de responder al delito menos «excepcionales» por evitar la privación de libertad de forma continuada y sostenida, tales como, los trabajos en beneficio de la comunidad o la localización permanente, la cual, siendo una pena de privación de libertad, permite su cumplimiento de forma discontinua. Asimismo no solo se produce una «expansión extensiva» de la prisión, al

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca*. «*Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*». Universidad de Salamanca, 2018, p. 58.

entrar más personas en prisión, sino también una «expansión intensiva» al ser la penas de prisión más largas y pasar los culpables del delito más tiempo en prisión.

El aumento de la población penitenciaria en España en las últimas décadas supone claramente una característica del actual sistema penitenciario español. No, en vano, se pasó aproximadamente 33.000 reclusos en 1990 a unos 76.000 en 2010². Es decir, en tan solo 20 años se más que duplicó la población penitenciaria en nuestro país. Son varios los factores que explican este aumento exponencial del número de reclusos, entre los que destacan:

- a) La aparición de una política criminal expansiva que ha criminalizado determinados comportamientos que en el pasado no eran infracciones penales sino únicamente administrativas o directamente no se perseguían. En algunos supuestos, la criminalización de comportamientos es a todas luces necesaria, como los delitos de maltrato de género pero, en cambio, en otros supuestos, se trata de una intervención excesiva del ordenamiento penal para regular la convivencia, como, también a modo de ejemplo, algunos delitos contra la seguridad vial.
- b) El giro punitivista de la política criminal no solo se detecta en la creación de nuevas figuras penales sino también en el incremento generalizado de las penas. Se aumentan tanto los límites máximos de cumplimiento (que pasó a duplicarse de los 20 a los 40 años), como las penas previstas para cada uno de los delitos en particular. Así, actualmente, la estancia media en prisión es de 18 meses³, lo que supone una cifra muy superior a la media europea, que se sitúa en 7,8 meses. A pesar de la importante población carcelaria,

² Sobre la evolución de la población penitenciaria en las últimas décadas, véase, entre otros, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad, *Revista Crítica penal y poder*, núm. 9, 2015. RUIZ MORALES, M.L., La evolución de la población reclusa española en los últimos treinta años: una explicación integral, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LXXI, 2018. Ciertamente, en los últimos años, la población penitenciaria ha descendido sensiblemente pero no precisamente por el uso de otras penas alternativas a la prisión sino más bien por la crisis económica que ha supuesto de un descenso de la población extranjera en el país, con los efectos que ello conlleva en los flujos de población penitenciaria, como hemos analizado más profundamente en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*, Comares, 2016, pp. 71 y ss.

³ MINISTERIO DEL INTERIOR, La estancia en prisión: Consecuencias y Reiniciencia, Documentos penitenciario, MIR, 2017, p. 34.

nuestro país no sufre una mayor delincuencia que resto de la UE, sino que como ponen de manifiesto los distintos estudios sobre delincuencia, España tiene históricamente una de las tasas de criminalidad más bajas del entorno⁴. Resulta especialmente paradójico y, al mismo tiempo, perverso que mientras la tasa de infracciones penales conocidas disminuya, la población penitenciaria aumente⁵. En definitiva, dicho aumento de la población penitenciaria no se produce por un mayor número de ingresos en prisión sino, más bien, por el aumento del tiempo de permanencia en la misma, es decir, se produce una *expansión intensiva de la prisión*⁶.

- c) La supresión de cualquier tipo de figura que suponga un acortamiento de la pena de prisión. A excepción de la medida de indulto parcial, que no supone en absoluto unas altas cifras de excarcelaciones, la supresión de la redención de penas por el trabajo mediante el código penal del año 1995, supuso la desaparición de la única posibilidad de acortar el cumplimiento de las penas en nuestro ordenamiento. Posiblemente, dicho factor ha sido poco atendido por parte de la Administración penitenciaria e incluso por la propia doctrina científica. En efecto, la redención de penas llegó a aplicarse de forma sistemática a todos los penados que la solicitasen, con independencia de que trabajasen o no, consiguiendo reducir hasta en una tercera parte la condena en prisión⁷. Su desaparición fue oportuna, ya que, acabó por desnaturalizarse y perder su sentido inicial de incentivar la participación del penado en las actividades del tratamiento, aunque, en su lugar debió disponerse otra herramienta o instrumento para acortar la condena en determinadas circunstancias.
- d) El uso cada vez más reducido de la libertad condicional que supone un importante retroceso desde la entrada en vigor del código penal del año 1995 debido fundamentalmente al aumento de la duración

⁴ Véase, entre otros: GARCIA ESPAÑA/DIEZ RIPOLLÉS (Coords.), *Realidad y política penitenciarias. Informe ODA 2010/2011*, Instituto andaluz Interuniversitario de Criminología, Sección de Málaga, 2012. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, La cárcel en España: mediciones y condiciones del encarcelamiento en el Siglo XXI, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2012, p. 360.

⁵ Como también advierte DIEZ RIPOLLÉS, Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011). Parte I, *Boletín criminológico* núm. 242, 2013.

⁶ Véase más profundamente sobre este efecto, BRANDARIZ (2015).

⁷ Como advierte, RODRÍGUEZ NUÑEZ, Fórmulas para la resocialización del delincuente, en GUZMÁN DALBORA (Coord.), *Homenaje a M. de Rivacoba y Rivacoba. El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología*, Hammurabi, 2004.

de la condenas pero también al incremento de la población extranjera en prisión, la masificación penitenciaria y una política especialmente restrictiva por parte de los órganos penitenciarios y judiciales competentes. En efecto, el porcentaje de condenados en situación de libertad condicional se sitúa en torno al 15% cuando con carácter previo a la entrada en vigor del código penal del año 1995 la media se aproximaba al 25%.

- e) Finalmente, se acusa también un especial retroceso en el uso de las penas alternativas a la prisión. En efecto, tanto las estadísticas relativas a la suspensión y sustitución de la ejecución de la condena, como las relativas a los trabajos en beneficios de la comunidad no ponen de manifiesto un uso importante de las medidas alternativas a la prisión⁸. En efecto, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es, sin duda, la consecuencia jurídica que mejor interioriza o refleja el espíritu, alcance e interés de las sanciones comunitarias: permite el cumplimiento de la pena dentro de la comunidad sin desarraigar al condenado de su entorno; no conlleva ningún tipo de privación de libertad y no implica necesariamente la imposición de medida alguna de control telemático o electrónico que restrinja los movimientos al penado y lo estigmatice; fomenta de forma activa la resocialización del condenado, mediante su capacitación profesional y persigue que el penado interiorice determinados valores sociales positivos y se enfrente a las consecuencias de sus actos⁹. Pues bien, con la reforma del código penal del año 2015 y la desaparición de las faltas, su aplicación como pena directa se ve reducida muy especialmente a un grupo muy reducido de preceptos penales¹⁰.

Un sistema penal que usa en exceso, es decir, abusa de la prisión para responder a la delincuencia no se compatibiliza bien con el principio de reinserción social consagrado en el art. 25.2 CE. En efecto, como de todos

⁸ Sobre esta cuestión, ya me he detenido con mayor detenimiento en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Ocupación carcelaria. Hipótesis acerca del descenso de la población penitenciaria en España, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 36, 2016.

⁹ Como recuerda BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Tirant, 2009, pp. 111 y ss.

¹⁰ Concretamente a nueve: art. 153 (maltrato doméstico y de género), art. 171.4, 5, 7 (amenazas de género, doméstico y comunes), art. 172. 2 y 3 (coacciones de género y en el ámbito doméstico), art. 244 (robo de uso de vehículo), art. 270.4 (venta de copias fraudulentas de obras amparadas por el derecho de autor), art. 379.1 y 2 (conducción con exceso de velocidad y bajo influencia), art. 384 (conducción sin permiso) y art. 385 (ocasionar riesgo grave para la circulación).

es sabido, la prisión, más allá de socializar, desocializa. Más aún, si se parte de un sistema penitenciario claramente sobrecargado en el que el tratamiento penitenciario como eje central o núcleo sobre el que debe bascular la ejecución de la pena de prisión no da respuesta a las necesidades de los condenados.

3. LA REINSERCIÓN SOCIAL EN RETIRADA: LA ESCASEZ DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Siguiendo con la idea de que el derecho a la reinserción social es la principal finalidad de la pena y que la mejor fórmula para conseguir tal reinserción social es través del tratamiento penitenciario, la realidad penitenciaria pone de manifiesto los importantes problemas y obstáculos existentes para llevar a cabo un adecuado y exitoso tratamiento penitenciario en prisión.

En efecto, los análisis relativos a los internos que se someten a programas de tratamiento penitenciario no arrojan especialmente visión optimista¹¹. Así, los Informes Anuales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP) ponen de manifiesto como la participación de los condenados en los distintos programas de tratamiento penitenciario es insuficiente, muy especialmente, en los programas especializados de tratamiento, es decir, aquellos que inciden las carencias y deficiencias específicas del condenado, las cuales pueden explicar su actividad criminal.

Por lo que se refiere a las actividades generales, destacan las educativas que se ofrecen a todos los internos de los establecimientos penitenciarios (tanto preventivos como condenados). Aproximadamente, el 35% de los internos participan en este tipo de actividades, lo que, en mi opinión, es un porcentaje insuficiente, ya que, se trata de actividades que, a priori, son de carácter obligatorio, según el art. 5 del Reglamento penitenciario. Entre las actividades educativas más demandadas destacan muy especialmente las correspondientes a las enseñanzas básicas, concretamente, las de alfabetización, entre las que se engloban la enseñanza de español para extranjeros. En cambio, a la enseñanza universitaria accede únicamente un 2% de los internos.

Además de las actividades educativas, otras de las actividades de tratamiento generales que son básicas para la reinserción social son la formación

¹¹ Destaca el análisis de CUTIÑO RAYA, S., Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas, *Revista Española Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2015.

profesional y ocupacional, previstas en el art. 130 RP, las cuales, se articulan como una oportunidad fundamental para que el interno adquiera una determinada capacitación profesional, especialmente útil para su incorporación al mercado laboral cuando regrese a la vida en libertad. Entre los cursos que se suelen ofrecer en los centros penitenciarios destacan los de pintura, carpintería, tapicería, soldadura, electricidad, jardinería, hostelería, manipulación de alimentos, administración, ayuda a domicilio, conducción o peluquería, entre otros. Sin duda, debe lamentarse también el bajo número de cursos de formación profesional que el Plan de Formación de la SGIP suele ofertar anualmente: aproximadamente unos 8.000 cursos anuales para una población penitenciaria de unos 50.000 internos. Asimismo no puede obviarse que de los 8.000 cursos, casi las dos terceras partes, unos 5.000, son de formación relativa a la manipulación de alimentos. Un curso de 10 horas que ciertamente aporta poca capacitación profesional.

No obstante, los mayores problemas en el ámbito del tratamiento penitenciario se constatan en su parte o dimensión específica o especializada. Se trata de programas destinados específicamente a determinados grupos de presos, bien porque han cometido un delito determinado o, bien, porque presentan unas características concretas (drogodependientes, por ejemplo).

Sin duda, la drogodependencia es una de las principales carencias o problemas que presentan los sujetos que están cumpliendo una pena de prisión. No en vano, se calcula que alrededor del 70% de los internos consumieron algún tipo de droga el mes anterior del ingreso en prisión. Ciertamente, el número de internos que ha seguido de forma diaria un programa de tratamiento de drogadicción ha ido aumentando desde el año 2005, lo que, sin duda, es un dato positivo, sobre todo, si se tiene en cuenta que el número de presos en los últimos años ha descendido. Sin embargo, a pesar de los aumentos en los últimos años de los programas de tratamiento de deshabituación, no puede obviarse que estamos ante unos resultados insuficientes. Así, en el año 2019, entraron en los distintos programas de deshabituación 15.678 internos (el 43% en módulos terapéuticos y el 42% de forma ambulatoria).

Por lo que se refiere al resto de programas de tratamiento, la participación es mucho menor, si cabe. Así, solo a modo de ejemplo, la participación en los programas de tratamiento para delincuentes sexuales no suele superar el 10% de los internos de esta tipología; y solo el 16% de los condenados por un delito de violencia de género¹².

¹² Para los datos relativos a la participación en los programas de tratamiento, véase, MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe General 2019*, (en línea). Ministerio del Interior, SGIP, http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2019_12615039X.pdf/6c227fde-3cee-43f7-b061-666bca7ac514

En definitiva, se constata una realidad del tratamiento penitenciario especialmente preocupante. Si a ello le añadimos la falta de personal penitenciario destinado al tratamiento, difícilmente podrá conseguirse dar respuesta a uno de los derechos básicos del interno: su reinserción social¹³.

4. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN ESPAÑA

Otra de las cuestiones que viene suscitando especial polémica en la doctrina penal española en los últimos años es la incorporación en el año 2015 de la prisión permanente revisable. Con ella se culmina una especial escalada de medidas duras y basadas fundamentalmente en el retribucionismo y en el control de la peligrosidad, dejando en un segundo plano la reinserción social.

En efecto, la prisión permanente revisable supone el «broche» de una política penal represiva que comenzó en el *annus horribilis* 2003; cuando, a través de una sucesión de leyes orgánicas, se criminalizó un importante número de nuevas conductas, se aumentó el límite máximo de la privación de libertad hasta los cuarenta años, se modificó la forma de calcular los beneficios penitenciarios y se introdujo el denominado «período de seguridad». Posteriormente, con el código penal del año 2010 se incorpora la libertad vigilada para controlar a determinados delincuentes supuestamente incorregibles, como los delincuentes sexuales y, en última instancia, como «mal menor» para frenar, precisamente, la llegada de la prisión permanente revisable¹⁴.

¹³ En el año 2013 el personal penitenciario estaba compuesto por 24.925 personas, de los que solo 3.662 se dedicaba a tareas tratamentales o de asistencia (el 14,7%), mientras que, el cuerpo de ayudantes con funciones o tareas de vigilancia estaba compuesto por 19.363, es decir, 77,7%, p. 5. Particularmente grave es la situación en cuanto a juristas y psicólogos, como recuerda GALLEGO, M./CABRERA, P.J./RIOS, J.C./SEGOVIA, J.L., *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del Siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia de Comillas, 2010, al verificarse la existencia de uno o dos psicólogos para 500 o 600 internos, cuando se entiende que una proporción aceptable es de uno por cada cien, p. 94.

¹⁴ Véase, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., La introducción de la libertad vigilada en el derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo? (en línea), Ponencia pronunciada en Madrid dentro de las *XXXIII Jornadas Organizadas por la Abogacía General del Estado. El nuevo Código penal, los días 17 y 18 de noviembre de 2010*. Disponible en www.mjusticia.gob.es, cuando afirma que «con instituciones como la libertad vigilada se pretende facilitar el seguimiento del tránsito a la libertad de estos sujetos, y por lo tanto tranquilizar en la medida de lo posible a una opinión pública que tiene una imagen falsa de la incidencia real de estos delitos».

Obviamente, la incorporación de la libertad vigilada en el año 2010 no evitó que, tan solo cinco años después, apareciese en nuestro acervo punitivo la prisión permanente revisable. No obstante, la propuesta aparece por primera vez en el congreso el 11 de marzo de 2012, con la defensa del entonces principal partido de la oposición, a través de su diputado Federico Trillo: «el pietismo y correccionalismo de Concepción Arenal y Dorado Montero han llevado a una visión penal en la que se produce una paradoja más, y es que el Estado trata mejor al condenado que al presunto inocente», para acabar concluyendo que el «grupo parlamentario popular quiere un sistema de penas, que podemos seguir trabajando juntos, en donde la retribución –que es su finalidad principal para nosotros, en efecto– signifique ni más ni menos que aquello que recogía Cela en Pascual Duarte, que el que la haga la pague. Con una prevención general que signifique que sepan todos que el que la hace la paga. Y una prevención especial que significa que sepan los terroristas, los violadores y los pederastas que causen muerte, que van a tener que arrepentirse cada día de su vida en la cárcel».

Finalmente, la prisión permanente revisable se incorpora en nuestro acervo punitivo en el año 2015, profundizando, aún más si cabe, el rigor y la dureza que se presume, de forma abstracta y genérica, a la prisión permanente revisable, al disponer unos plazos para la revisión de la condena, para la progresión en grado y para el disfrute de los permisos de salida claramente desproporcionados. De igual modo, se dispone un catálogo de criterios para fundar el pronóstico de reinserción social especialmente criticable, que confunde y mezcla elementos que responden a intereses diversos e, incluso, contrapuestos.

Esta nueva pena que recoge el código penal español puede llegar a lesionar un buen número de principios constitucionales y derechos fundamentales. En primer lugar, entiendo que se afecta el principio de humanidad de las penas, el cual, se encuentra fundamentalmente recogido en el art. 15 CE que prohíbe aquellas sanciones que atenten a la dignidad de la persona por constituir un castigo o sufrimiento cruel, inhumano, que ninguna persona puede o debería estar obligada a soportar. A mi entender, el hecho de que la pena otorgue al penado la posibilidad de recuperar la libertad no implica, como parece defender el TC y el TEDH, su compatibilidad con los principios y derechos constitucionales, al ser un argumento falaz e hipócrita que pretende disfrazar la pena perpetua como una especie de sanción *sui generis* que solo existe en la norma, en el limbo de las penas, que nunca llegará a aplicarse en la práctica, ocultándose que la suspensión de la condena es únicamente una posibilidad o alternativa. Pero, el hecho de que la prisión permanente sea revisable no la convierte o transforma en otra sanción o pena diferente. Sigue siendo una pena de prisión

a perpetuidad, sin ningún mecanismo cierto y propio para su finalización. En puridad, la prisión permanente ampara o acoge la posibilidad de que el penado pueda seguir encarcelado *sine fine*, hasta su muerte. Una ley que permita dicha circunstancia, aunque solo afecte a un condenado, contradice de forma flagrante el art. 15 CE.

La pena de prisión permanente revisable lesiona también el principio de reinserción social contenido en el art. 25.2 CE. No debe obviarse que la regulación española es una de las más severas de los países de nuestro entorno generando una desocialización que difícilmente permite la reinserción social. En primer lugar, porque fija un «periodo de seguridad» que impide la progresión al tercer grado hasta haber cumplido, como mínimo, dieciocho años de prisión (que podría llegar hasta los treinta y dos años): un plazo excesivo –sobre todo, si tenemos en cuenta que dicho plazo es el fijado para otros países, como Alemania y Francia, para la propia suspensión de la pena. En segundo lugar, resulta especialmente criticable no pueda disfrutar de un permiso de salida hasta haber satisfecho ocho años de cumplimiento. En tercer lugar, los criterios dispuestos para fundar el pronóstico de reinserción social se centran especialmente en el pasado delictivo del condenado. Una pena de prisión que fija su revisión, en el mejor de los casos, en los veinticinco años de prisión, que impide la progresión al tercer grado hasta los dieciocho años, que no permite salida alguna del penado al exterior hasta que, como mínimo, hasta transcurrido ocho años y que fundamenta el juicio de pronóstico de reinserción social sobre criterios penales o de alarma social, no solo obstaculiza el derecho a la reinserción social del penado, sino que se opone frontalmente a él.

Igualmente, no puede obviarse como la prisión permanente revisable afecta también al principio de legalidad contenido en el art. 25.1 CE. Y esto se produce no solo por la inseguridad jurídica que lleva implícita la propia prisión permanente revisable sino también por la técnica legislativa empleada por el legislador español que dispone un perverso catálogo sobre los que fundar el pronóstico de reinserción social, imprimiendo una insostenible abstracción e indeterminación en el proceso de revisión de la pena.

Finalmente, la prisión permanente revisable del código penal español no se compatibiliza bien con el principio de igualdad contenido en el art. 14 CE, al no permitir al Juez graduar la pena y hacerla lo más proporcionada posible a la conducta cometida por el sujeto culpable¹⁵.

¹⁵ Como recuerda FERRAJOLI, L., *Ergastolo y derechos fundamentales* (TRAD. HURTADO POZO), en HURTADO POZO, J., *El sistema de penas en el nuevo código penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, 1999, se trata de «una pena en sí misma inicua porque el juez no puede graduarla de manera equitativa, atenuarla con relación a las circunstancias concretas, singulares y no repetibles del caso; cuya valoración

Estamos, por tanto, con BERDUGO cuando asevera que «la pena de prisión permanente revisable es una pena contraria a la Constitución y que, por mucho que se esfuerce el legislador, ni los argumentos de Derecho comparado, ni la afirmación de la posible revisión salvan que su contenido pueda ser considerado una pena inhumana o degradante, que además excluya la finalidad de reinserción social, la única que por imperativo constitucional está obligada a posibilitar»¹⁶.

5. LOS FICHEROS DE INTERNOS DE ESPECIAL SEGUIMIENTO (FIES)

Los FIES constituyen una de las principales grietas del sistema penitenciario español al implicar la posibilidad de imponer medidas de seguridad a través de una simple instrucción gubernativa (IDGP 17/2011, de 8 de noviembre) que a priori regula una serie de ficheros de internos con especiales características pero que también permite la aplicación de medidas de seguridad propias del régimen cerrado (cacheos, registros, intervención de comunicaciones, ...). Como observará el lector, se trata de una serie de medidas de especial transcendencia que afectan a derechos fundamentales de los internos y que deberían recogerse por una norma de rango superior a una circular o instrucción del gobierno. Precisamente, el RD 419/2011, de 26 de marzo, pretendió solucionar esta problemática al modificar el art. 6.4 RP para dejar constancia de que la Administración penitenciaria «podrá establecer ficheros de internos para garantizar la seguridad, buen orden del establecimiento e integridad de los internos», y el art. 65 RP donde se recogen una serie de actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos (recuentos, cacheos, registros, ...), intentando aportar un soporte o respaldo normativo a los FIES.

A mi entender, este intento de legalizar los FIES mediante la reforma del Reglamento penitenciario naufraga o fracasa, ya que, el art. 65 RP podría afectar al principio de legalidad cuando imponga determinadas medidas a aquellos internos que se encuentren en régimen ordinario, cuando, *de facto*, se está implementando un régimen de vida propio del primer grado. Sin duda, resultaría inadmisibles que la Administración penitenciaria utilizara tanto la Instrucción FIES como el art. 65 RP para aplicar de forma subterránea el régimen cerrado a los sujetos que cumplan condena en régimen

constituye uno de los momentos esenciales de la jurisdicción. La descripción abstracta en el tipo legal del delito castigado con ergastolo no excluye que cada delito sea diferente a los demás y que, precisamente, en la individualización y en la comprensión reside la equidad penal, que constituye una dimensión esencial del juicio penal», p. 303.

¹⁶ BERDUGO, *Reflexiones penales desde Salamanca*, p. 108.

ordinario. La cuestión no es baladí, ya que, las condiciones del encarcelamiento de los presos FIES son especialmente graves: «la vida de los presos se desarrolla casi íntegramente en su celda, algunos disfrutaban únicamente de dos horas de patio, no llegando al mínimo legal de las tres horas. Esta situación se agrava en el caso de los presos en primer grado, puesto que solo pueden salir al patio de dos en dos (...). Las celdas son individuales, y con todo el mobiliario fuertemente agarrado al suelo; muchas de ellas carecen de espejo, y solo cuentan con una chapa metálica. Todas las celdas tienen una doble puerta: la normal, con una rendija por la que se les pasa la comida, y una suplementaria de barrotes de hierro (el cangrejo). Muchas de las ventanas de estas celdas tienen una capa metálica con pequeños agujeros por toda ventilación (sic), obligando a estos presos a pasar todo el día con luz eléctrica. La comida, en los módulos FIES y en algunos módulos de primera fase de primer grado, se les pasa a los presos en una bandeja a través de una pequeña rendija que existe en la puerta, ya que cada preso ha de comer en su celda. Los patios suelen ser más pequeños para los presos de primer grado. Y esta situación se agrava considerablemente en el caso de los módulos FIES: los patios se encuentran cubiertos en su parte superior por unas verjas o mallas metálicas, impidiendo totalmente la visibilidad, no ya solo de frente, sino incluso del cielo (...) En ninguna de las prisiones visitadas se nos ha permitido ver a los presos cara a cara, aduciendo medidas de seguridad».

6. EL AISLAMIENTO COMO SANCIÓN PENITENCIARIA

Finalmente, quiero destacar la necesidad de abordar en una próxima reforma de la normativa penitenciaria la sanción de aislamiento. Se trata de una sanción, prevista en el art. 233.1 RP, que se impone para aquellos internos que hayan cometido una infracción grave, pudiendo aplicarse durante 14 días consecutivos cuando el interno manifieste una evidente agresividad, violencia o altere de forma reiterada y grave la normal convivencia del centro. No obstante, cuando el culpable haya cometido tres o más infracciones, el aislamiento podrá llegar hasta los 42 días. Sin duda, un plazo de tiempo excesivo para una sanción que puede producir efectos psicológicos muy graves, como depresión, ansiedad, ideas paranoides, brotes epilépticos o reacciones histéricas o esquizoides¹⁷. En consecuencia, debe advertirse, como hace CARUSO, que el TEDH ha llegado a admitir la

¹⁷ Lo que lleva a algunos, como CEZÓN GONZÁLEZ, C., Régimen disciplinario. Asistencia al letrado. Medidas coercitivas, en *Vigilancia Penitenciaria. VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, p. 1994, a exigir su supresión por la severidad que comporta, p. 236.

conurrencia de tratos inhumanos y degradantes por la aplicación del aislamiento por su aplicación durante un periodo de siete días (STEDH Keenan contra Reino Unido, de 3 de abril de 2001), por lo que, los 42 días permitidos por la legislación española (art. 42.5 LOGP) podrían llegar a vulnerar el art. 3 CEDH que prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes¹⁸.

7. CONCLUSIONES

Nuestro derecho penal parece renunciar en los últimos años a la reinserción social como fin de la pena para centrarse en otras aspiraciones o finalidades como la prevención general negativa o la mera retribución, es decir, el castigo. Ciertamente, no es una tendencia únicamente del ordenamiento español sino que es una realidad que viene acusando los países de nuestro entorno geográfico y político desde hace años. En efecto, el aumento de las penas, de los delitos, la incorporación de penas más duras y severas, de medidas de seguridad junto a las propias penas de libertad es una realidad innegable no solo en España sino también en Italia, Francia o Reino Unido, por citar algunos países.

El hecho de que estemos ante una tendencia punitiva represiva globalizada no puede, en cambio, llevarnos a «arrojar la toalla» y olvidarnos de esa función del derecho penal que enunciaba LISTZ como «carta magna del delincuente» y que el profesor BERDUGO exponía con su gran brillantez en su primera clase del curso académico. Es por ello que permito concluir estas breves páginas con una de las reflexiones finales del MAESTRO en su lección inaugural de 2018:

«La cuestión, que dejo relativamente abierta, es que “dirán mañana”, los que en nuestras aulas reflexionen sobre el derecho de castigar, su fundamento y sus límites. Mañana, igual que hoy, hay derechos a cuyo mantenimiento y protección ni nuestra sociedad, ni las leyes que en un futuro se elaboren, ni pueden ni deben renunciar. Desde ellos hay que dar respuesta a los nuevos problemas y seguir dándoselo a aquellos conflictos que continúen estando en nuestras sociedades. Este punto de partida tiene que estar presente en todos nosotros, en lo que hoy decimos y espero que continúe estando presente en lo que “dirán mañana”, los que reflexionen sobre el Derecho penal»¹⁹.

¹⁸ CARUSO FONTÁN, M.V., Utilización del aislamiento y las medidas de contención mecánica en los centros penitenciarios españoles, *Revista General de Derecho penal*, núm. 35, 2021.

¹⁹ BERDUGO, *Reflexiones penales desde Salamanca*, p. 114.

Un derecho a la espera de mayor reconocimiento y desarrollo: el derecho de participación de las víctimas del terrorismo

José Luis de la Cuesta Arzamendi*

Catedrático de Derecho Penal.

Director del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU)

Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)



I. LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS: RELEVANCIA FRENTE A LA VICTIMIZACIÓN

SI LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS constituye, por principio, una clave fundamental de la convivencia en un sistema democrático –de aquí que se articulen institucionalmente vías para posibilitarla y fomentarla en los distintos niveles de la organización social–, también resulta muy relevante en relación con las víctimas del terrorismo¹, cuyo potencial aporte «regenerativo [...] del bien común, de la reconstrucción social, de la ética cívica, de la cultura de la tolerancia y la justicia que engendra la paz»² merece ser ampliamente reconocido.

* Grupo Consolidado de investigación GICCAS (Gobierno Vasco, IT 1372-19).

¹ Fenómeno, como subraya nuestro homenajeado, devenido «global» en el siglo XXI, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, L., «El terrorismo en el siglo XXI: del terrorismo nacional al terrorismo global», *Revista Penal*, 42, 2018, pp. 5 ss.

² BERISTAIN, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 303.

Recuerda X. Etxeberria que «ser víctima del terrorismo significa haber sufrido vulneración de la ciudadanía» en alguna de sus facetas³, por lo que la (re)afirmación de su derecho de participación –con la consiguiente adopción de líneas de actuación efectivas dirigidas a combatir el aislamiento de las víctimas y a aprovechar su «capacidad de ciudadanía activa en la construcción y gestión de la sociedad»–⁴ se presenta como una forma especialmente apropiada de «reivindicar la plenitud de ciudadanía frente a quienes se la violentaron y [...] ante toda la sociedad»⁵.

La participación puede, además, alcanzar especial relieve en relación con la victimización. Una participación bien encauzada y con garantías de no instrumentalización empodera a las víctimas individual y colectivamente, y puede ayudarlas a hacer frente a los peligros de abandono, aislamiento y pérdida de confianza. De otra parte, como destaca la investigación sobre macrovictimizaciones, «la falta de participación o una participación no preparada debidamente o manipulada causa victimización secundaria»⁶. Frente a ello, la evaluación de experiencias en materia de memoria pone de manifiesto cómo «una participación que asegure la voluntariedad, la competencia y la perspectiva de las víctimas contribuye a una memoria significativa para la sociedad y para ellas»⁷, al tiempo que asegura «una mejora del respeto a los derechos humanos»⁸.

Sin perjuicio de la importancia del espacio privado –de la intimidad (personal, familiar, de la amistad) y de la sociedad civil–, la vida ciudadana propiamente dicha suele desplegarse en el espacio público, habitualmente identificado como el terreno específico de la «participación política», pero que integra también el «espacio social», en el que se mueven los «grupos que se organizan en la sociedad civil», persiguiendo «objetivos que son propios del ámbito público, del interés general»⁹.

³ *La participación social y política de las víctimas del terrorismo*, Bakeaz, Bilbao, 2007, p. 7.

⁴ ETXEBERRIA, X., *ibidem*, p. 4.

⁵ ETXEBERRIA, X., *ibidem*, p. 8.

⁶ VARONA MARTÍNEZ, G., *El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo. Proyecto memoria y justicia: haciendo realidad el derecho de las víctimas del terrorismo a la memoria y a la participación en relación con el derecho de la ciudadanía vasca a la paz, la libertad y la convivencia*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2015, p. 30.

⁷ VARONA MARTÍNEZ, G., *ibidem*, p. 30.

⁸ MARTÍN BERISTAIN, C. / PÁEZ, D. / RIMÉ, B. / KANYANGARA, P., «Efectos psicosociales de la participación en rituales de justicia transicional», *Revista de Psicología*, 28:1, 2010, pp. 9 ss.

⁹ ETXEBERRIA, X., *La participación social*, *cit.*, p. 8.

Dentro del espacio social —el «espacio por excelencia para la participación de las víctimas»¹⁰— se incardinan, entre otros, los medios de comunicación o el propio espacio educativo, donde no se trata tanto de asegurar la presencia pasiva de las víctimas (que «se hable» de ellas), cuanto de que «hablen las propias víctimas», como «sujetos activos», lo que exige la articulación de «estrategias compartidas entre víctimas y profesores, estimuladas y apoyadas por las instituciones educativas públicas y privadas»¹¹.

En todo caso, aun cuando, como es obvio, la participación de las víctimas también pueda hacerse «en *teoría* a nivel personal, por la mera condición de individuo ciudadano», por lo general suele encauzarse a través de «organizaciones», con su propia «identidad» y objetivos»¹², muy en particular cuando se trata de la participación en el espacio social o en el plano político o institucional, a cuyo efecto resulta esencial la apertura de cauces oficiales estables que, a la hora de la formulación de políticas y de la toma de decisiones, permitan contar con esa visión que solo las mismas víctimas pueden aportar, contribuyendo a un conocimiento más cabal de la realidad de sus necesidades, inquietudes y proyectos, y para la prevención de nuevos riesgos de (re)victimización¹³.

II. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL INSUFICIENTE

Reclamada desde hace tiempo como una «cuestión de derechos humanos»¹⁴, las escasas referencias internacionales al derecho de participación de las víctimas «son difusas»¹⁵ y centradas preferentemente en el marco procesal penal:¹⁶ esto es, en relación con el derecho a la justicia de las víctimas y, en su caso, en los mecanismos transicionales¹⁷ y/o de justicia restaurativa, donde se reconoce la influencia que la participación de las

¹⁰ ETXEBERRIA, X., *ibidem*, p. 12.

¹¹ ETXEBERRIA, X., *ibidem*, p. 14.

¹² ETXEBERRIA, X., *ibidem*, p. 4.

¹³ DE LA CUESTA, J.L., «Reflexiones sobre el protagonismo social de las víctimas del terrorismo», *Bake Hitzak*, 49, año X, enero 2003, p. 46.

¹⁴ KENNY, K., *The right to participate in international human rights fieldwork*, The International Human Rights Network, Co Meath, 2000, p. 18 y 75 ss.

¹⁵ VARONA MARTÍNEZ, G., *El derecho...*, *cit.*, p. 28.

¹⁶ UNODC, *Buenas prácticas de apoyo a las víctimas del terrorismo en el marco de la justicia penal*, Naciones Unidas, Nueva York, 2015, pp. 30 ss.

¹⁷ Para el ejemplo de Colombia, LINARES, C. / OSPINA, J.C., *La participación de las víctimas en el Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2017.

víctimas alcanza en el cambio de concepción de responsables políticos y profesionales¹⁸.

Por su parte, las *Directrices revisadas del Consejo de Europa sobre protección de las víctimas de actos terroristas* (Nicosia, 19 mayo 2017)¹⁹ añaden a la garantía, por los Estados, del efectivo acceso de las víctimas al derecho y la justicia (VII), la conveniencia de incorporar a «los representantes de las víctimas de actos terroristas en las acciones de sensibilización de la opinión pública» (XII), así como la necesidad de «contar con las asociaciones de víctimas», cuyas actividades han de merecer todo el apoyo estatal posible (XIII).

III. ESPAÑA: LEGISLACIÓN ESTATAL

En el plano español interno, y haciendo abstracción del aspecto procesal,²⁰ se parte de la asunción de que es a través de sus propias organizaciones como se desarrolla la participación de las víctimas en el ámbito público y social.

El Preámbulo de Ley 29/2011, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo se refiere, así, a «los colectivos representativos de las víctimas del terrorismo [...], asociaciones, fundaciones y movimientos cívicos», como «pilar fundamental en el apoyo a las familias que han sufrido el zarpazo del terror» e «instrumento de participación y de canalización de sus demandas y pretensiones, de visibilidad y vertebración, contribuyendo también a la deslegitimación social del terrorismo y a la difusión de los principios de convivencia democrática en el marco del Estado constitucional y de Derecho» (I).

Consecuencia de lo anterior, la promoción de la «colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra el terrorismo», se incluye, de entrada, entre los fines que han de guiar las «medidas que corresponde impulsar e implantar

¹⁸ TAYLOR, D., *Victim Participation in Transitional Justice Mechanisms: Real Power or Empty Ritual?*, Impunity Watch. Discussion paper, april 2014, p. 14. <https://www.impunitywatch.org/post/victim-participation-in-transitional-justice-mechanisms-real-power-or-empty-ritual>

¹⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, *Droits de l'homme et terrorisme. Lignes directrices révisées du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, 2017.

²⁰ ALBA FIGUERO, M.C., «Derechos, facultades y posibilidades jurídicas de la víctima del terrorismo en el actual marco del proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2208, mayo 2018, pp. 3 ss.

a la Administración General del Estado y a las Administraciones Públicas competentes» (art. 2.2 g).

Haciendo efectivo el reconocimiento de su papel y relevancia (art. 64), se declara «representantes» de las víctimas del terrorismo a «las asociaciones y fundaciones de víctimas del terrorismo» (art. 64.2), estructuras organizativas empleadas por las víctimas para el apoyo, acompañamiento y protección individual y colectiva de sus derechos; y se refuerza su naturaleza de utilidad pública (disposición adicional segunda), ordenando el favorecimiento de «sus iniciativas y programas de apoyo» (Preámbulo I), al igual que su amparo a través de una apropiada actividad subvencional por parte de la Administración del Estado,²¹ que ha de priorizar «aquellas entidades que cuenten con mayor número de víctimas [...], así como la labor asistencial a favor de las víctimas del terrorismo que se realice por parte de las organizaciones» (art. 65).

Más allá de estas declaraciones generales y de corte programático, se echa en falta en la Ley la institucionalización de un cauce oficial de participación permanente²².

Ciertamente, a partir del Pacto antiterrorista entre Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español, se creó en 2001 la Fundación de Víctimas del Terrorismo, perteneciente al Sector Público Estatal. En su patronato se incluyen –junto a su Presidente («designado por los fundadores de la Administración General del Estado») y los vocales de los Ministerios de Interior, Hacienda, Presidencia, relaciones con las Cortes e Igualdad, Educación y Formación Profesional– dos miembros de la Avt (uno como Vicepresidente), representantes de las demás fundaciones y asociaciones integrantes de la Fundación, y un miembro nombrado por la Asociación de Afectados 11-M (art. 8 Estatutos). De financiación mixta –procedente del Estado y de un conjunto de entidades privadas (principalmente, grandes empresas integradas en el IBEX), incorporadas a la Junta de Mecenazgo–, son fines principales de la Fundación la promoción y divulgación de

²¹ En particular, es a la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo a la que corresponde colaborar con las entidades «públicas y privadas que tengan como objetivo la atención a las víctimas del terrorismo y la preservación de su memoria, así como la tramitación de subvenciones a las asociaciones y fundaciones cuyo objeto sea la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo» <http://www.interior.gob.es/el-ministerio/funciones-y-estructura/subsecretaria-del-interior/direccion-general-de-apoyo-a-victimas-del-terrorismo>

²² En la línea, al menos, de la Comisión Nacional existente en materia de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, la cual integra entre sus once vocales a «tres representantes de organizaciones vinculadas a la asistencia y defensa de las víctimas de delitos violentos, designados a propuesta de las propias organizaciones» (art. 74 Real Decreto 738/1997).

los valores humanos, al igual que «fomentar una mayor comprensión de la situación en que se encuentran las víctimas del terrorismo», orientando sus principales actividades hacia la ayuda y asistencia a las víctimas, el fomento de intercambios culturales y un «fondo cultural de carácter permanente en memoria de las víctimas».

Sólo en relación con los «Informes sobre la situación de las víctimas del terrorismo», que el Ministerio del Interior ha de elaborar, alude, con todo, específicamente la Ley 29/2011 a la necesidad de contar con la participación de las asociaciones de víctimas, junto a la de las Comunidades autónomas, entidades locales y agentes sociales (art. 63.3).

IV. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

1. *Panorama general*

La ausencia de mención al derecho a la participación de las víctimas del terrorismo, necesitado de reconocimiento legal explícito y de cauces específicos de articulación, caracteriza también a la mayoría de los textos normativos aprobados por las Comunidades autónomas en apoyo a las víctimas del terrorismo, los cuales centran en este marco su atención, como en la legislación estatal, en el apoyo al movimiento asociativo y fundacional (y, en general, entidades o instituciones sin ánimo de lucro) de representación y defensa de los intereses de las víctimas. Reafirmada también a este nivel su condición de «representantes de las víctimas» (así, de manera expresa, art. 25.1 Ley 4/2017, de Castilla y León), se reconoce su condición de posibles beneficiarias de las más altas distinciones honoríficas, y se postula su presencia protocolaria –al lado de la de las víctimas– en actos institucionales (art. 21 Ley 4/2017, de Castilla y León; art. 43.1 Ley 2/2020, de Extremadura), ampliando de este modo lo dispuesto por el art. 58 de la Ley 29/2011, el cual, al reclamar el «reconocimiento institucional de la presencia de las víctimas», llama a «velar(á) por destacar la presencia protocolaria y el reconocimiento social de las víctimas del terrorismo en todos los actos institucionales que les afecten». En cuanto a las subvenciones y ayudas públicas se ordenan, por lo común²³, al apoyo de la cobertura de sus gastos generales de funcionamiento, auxilio técnico para el desarrollo de sus fines, programas generales de actuación, sensibilización,

²³ Así, por ejemplo, art. 28.2 Ley 10/2010, de Andalucía; art. 21.1 Ley 4/2008, de Aragón; art. 13.2 Ley 1/2004, de la Generalitat Valenciana; art. 40.2 Ley 2/2020, de Extremadura; art. 28.2 Ley 4/2018, de La Rioja; art. 20.2 Ley 7/2009, de Murcia.

concienciación social y apoyo, así como acciones particulares de asistencia, orientación, formación y acompañamiento, complementarias de la acción administrativa en estos ámbitos.

En todo caso, dejando al margen al País Vasco y La Rioja, mercedoras de un tratamiento separado, lo anterior no lleva desgraciadamente a la creación de instancias específicas de participación, ni a la articulación de cauces de integración de las víctimas (o de sus representantes) en los órganos autonómicos de coordinación, ayuda o seguimiento de la atención a las víctimas del terrorismo²⁴. Sólo la disposición adicional sexta de la Ley Foral navarra 9/2010, encarga a la «Comisión de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo» la toma de decisión sobre la participación de las asociaciones de víctimas «en su misma sesión de constitución formal», puntualizando «que en todo caso será con voz y sin voto». Por su parte, el art. 49 de la Ley 2/2020, de apoyo, asistencia y reconocimiento a las víctimas de terrorismo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, remite al Consejo de Gobierno la determinación de «la composición, organización y funcionamiento del Centro Extremeño de Estudios para la Erradicación de la Violencia y Atención a las Víctimas», en el «que existirá representación de la Administración autonómica, las víctimas de terrorismo, de las asociaciones y fundaciones, así como de los profesionales cuya actividad guarde relación directa con el objeto y cometidos de este órgano».

2. *Comunidad Autónoma del País Vasco: el Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo*

Al igual que en el resto de Comunidades, no faltan en la legislación del País Vasco en materia de víctimas del terrorismo referencias reiteradas a las asociaciones, fundaciones y movimientos sociales de apoyo humano y psicosocial a las víctimas, con los que la Administración Pública Vasca debe colaborar (arts. 25.1 j y 27, Ley 4/2008).

Ahora bien, como la propia Exposición de Motivos reconoce, objetivo de la Ley 4/2008 fue «compendiar los principios generales que informan el conjunto de derechos de estas víctimas desde una perspectiva ética y política». El Título II, referido a los derechos concernientes a la victimización terrorista, procede así a la declaración y clasificación de los derechos de

²⁴ Los cuales, bajo la presidencia del miembro del Consejo de Gobierno competente, suelen estar compuestos por representantes de los departamentos y organismos más directamente involucrados en los programas de ayuda (seguridad/justicia, asuntos sociales, salud, vivienda, educación, función pública, igualdad, economía y hacienda...).

la ciudadanía vasca –la paz, libertad y convivencia (art. 9)–, los derechos compartidos por las víctimas y la sociedad –verdad (art. 7) y memoria (art. 8)– y los derechos de las víctimas del terrorismo: la justicia (art. 3), la dignidad (art.4), la reparación (art. 5) y el derecho a la participación. Este último lleva, entre otras, al establecimiento de un órgano institucional específico (art. 6): el Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo, destinado a «canalizar la participación de las víctimas del terrorismo en todas aquellas cuestiones que les incumban, y proponer a las administraciones públicas la puesta en marcha de políticas concretas en este campo» (art. 6.2).

Configurado legalmente como un órgano de integración paritaria de las Administraciones públicas y de la «Sociedad civil», participan actualmente en el Consejo (Decreto 75/2016), por parte de las Administraciones Públicas: junto a las personas titulares de la Secretaría General o Viceconsejería y Dirección General competentes en materia de atención a las víctimas del terrorismo –así como una más en representación de la Dirección del Gobierno Vasco competente en materia de atención a las víctimas del terrorismo (que asume la secretaría del Consejo)–, un Director o Directora del Departamento del Gobierno Vasco competente en materia de Educación, el Director o Directora del Instituto *Gogora* (Instituto de la Memoria, la Convivencia y los Derechos Humanos), y dos miembros de la asociación que ostente la representación mayoritaria de los de municipios vascos.

La participación de la «Sociedad Civil» (cuatro años, con posible reelección: art. 6.8) comprende:

- Cinco personas por las asociaciones de víctimas del terrorismo con sede o delegación en el País Vasco.
- Una por las fundaciones vascas creadas en relación con una víctima del terrorismo.
- Una por las asociaciones pacifistas vascas.

Preside el Consejo «una persona de reconocido prestigio nombrada por consenso de las administraciones y de la sociedad civil» (art. 6.4 Ley 4/2008). Además, y, sin perjuicio de otras invitaciones puntuales, acuden, asimismo, a las reuniones como invitados permanentes los representantes de las Diputaciones forales (art. 5.2), a los que el propio Consejo puede sumar «dos víctimas con experiencia en programas de educación o contribución a la convivencia» (art. 5.3); todos ellos, naturalmente, «con voz y sin voto».

Desde su reunión constitutiva, en Vitoria-Gasteiz, el 14 de abril de 2010, el Consejo ha venido reuniéndose con una periodicidad de 2-3

reuniones anuales, desarrollando sus competencias (ver art. 4 Decreto 75/2016) como foro de intercambio abierto y sincero de posiciones y propuestas en torno a los elementos centrales de la acción de las instituciones vascas en relación con las víctimas del terrorismo: seguimiento del funcionamiento del sistema, elaboración de un registro exhaustivo y riguroso de víctimas supervivientes residentes en la Comunidad Autónoma Vasca, evaluación de los objetivos y criterios de la política de subvenciones, promoción de investigaciones académicas y científicas en torno al alcance de la victimización en los casos de atentados terroristas...

No corresponde entrar aquí en el análisis de la labor del Consejo. En todo caso, y frente a quienes –tal vez debido a la limitada visibilidad pública mantenida intencionadamente durante su primera década de funcionamiento– han llegado a achacarle cierta falta «de contenido» o un carácter más bien «simbólico»²⁵, conviene recordar entre sus realizaciones, por carácter extraordinario y relevancia:

- La iniciativa de impulso y promoción de la creación de un Centro Memorial de Víctimas del Terrorismo, presentada en 2010 a la Presidencia del Parlamento Vasco y que, llevada igualmente por la Fundación Buesa Blanco, en 2010 (y a título individual), al Congreso de los Diputados, acabó reflejada en el art. 57 de la Ley 29/2011.
- El proceso de reflexión sobre *Pasos a dar en materia de reconocimiento y reparación de las víctimas del terrorismo, así como para mejorar y hacer más eficiente la contribución de estas víctimas tanto en el plano educativo, como en los procesos de reflexión crítica sobre el pasado y, en general, en el diálogo entre diferentes*, desarrollado a partir de 2017 y que culminó en la aprobación (el 16 de diciembre de 2020) de un relevante documento consensuado²⁶.

3. *La Ley 4/2018, de 10 de abril, de medidas a favor de las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de La Rioja*

La perspectiva de reconocimiento de derechos, seguida por la Ley vasca 4/2008, inspira también de algún modo a la Ley 4/2018 de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que regula, en su Título VI («otros

²⁵ El País, 22.01.15, reproducido por VARONA MARTÍNEZ, G., *El derecho...*, cit., p. 30.

²⁶ https://bideoak2.euskadi.eus/2021/03/09/news_67411/Documento_Consensuado_cas.pdf

derechos»), junto a los derechos de las víctimas relativos a las informaciones correspondientes a actos de terrorismo (Capítulo I), los derechos a la participación, a la verdad y a la memoria, y compromiso de no repetición.

Dispone en cuanto a la participación el art. 33 que «se podrá crear el Consejo Consultivo de Participación de las Víctimas de la Comunidad Autónoma de La Rioja como órgano consultivo y de participación de las víctimas objeto de esta ley», siendo sus «funciones»:

- «velar por el derecho a la participación de las víctimas y sus asociaciones representativas en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas sobre esta materia»;
- elaborar informes sobre las necesidades del colectivo de víctimas y formular propuestas a este respecto».

Remitida su composición a la «reglamentación por la consejería competente», el art. 32 del Decreto 23/2021 ha hecho finalmente efectiva la posibilidad legalmente prevista (art. 32.1), estableciendo la creación del Consejo con la composición siguiente («todos con voz y voto»):

- La persona titular de la Dirección General competente en materia de Interior, que asumirá la Presidencia.
- Un funcionario de la Dirección General con competencias en materia de Interior, que actuará de Secretario.
- Un representante de la Delegación del Gobierno en La Rioja.
- Los titulares de las Direcciones Generales competentes en materia de Empleo, Salud, Vivienda, Educación y Servicios Sociales, que serán vocales.
- Dos vocales por cada entidad sin ánimo de lucro previstas en el art. 28 de la Ley 4/2018, nombrados a propuesta de las entidades con implantación en La Rioja.

A través del establecimiento de este órgano específico de participación, la Comunidad de La Rioja se suma, así, a la iniciativa de establecimiento de cauces de desarrollo institucional del derecho de participación, que merecería extenderse al resto de Comunidades Autónomas, si bien, y puesto que la participación de las víctimas excede sin duda de la realidad del importante movimiento asociativo,²⁷ sería de recomendar la apertura de vías de acceso a estos organismos también por parte de víctimas no asociadas.

²⁷ VARONA MARTÍNEZ, G., *El derecho...*, cit., p.30.

La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa: un criterio paralelo contrapuesto para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto*

Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal**
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Vigo



*Con todo afecto, a mi querido amigo y colega,
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, con motivo de su 70.º aniversario.*

COMO EN TODAS LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, también en el consentimiento presunto se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo de justificación¹, consistente en el

* Investigación realizada en el marco de los proyectos «*Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI*» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-101401-B-I00) IP Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña / Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, y «*La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al ius puniendi*», (PID2019-108567RB-C21). IP 1: Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo. IP2: Prof^a. Dr^a. María A. Trapero Barreales.

** Universidad de Vigo, 36310 Vigo, España. Grupo de Investigación *Práctica Médica & Derecho* (PM&D) / *Medical Practice & Law* (MP&L), Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur (IIS Galicia Sur), SERGAS-UVIGO. Presidente de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales): www.ficp.es

¹ Cfr. MITSCH, W. Die mutmaßliche Einwilligung, en: *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 1/2012, 38-43 (43); ROXIN, C. / GRECO, L. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2020, § 14, nm. 96.

conocimiento de la situación justificante², comparable con el requerido por el dolo típico³. La representación subjetiva de la justificación es en buena medida semejante, pero a la inversa, a la que se plantea en la representación subjetiva del hecho típico en la tentativa. En el primer caso es preciso que concurra para que el hecho pueda resultar plenamente justificado. En el segundo es una exigencia para que pueda castigarse como tentativa.

La problemática del consentimiento presunto se plantea en muchos ámbitos, pero especialmente en el quirúrgico, en el que me centraré, citando los siguientes ejemplos, a los que posteriormente aludiré.

Caso del Mioma⁴: el médico diagnosticó a la paciente que tenía sobre el útero un mioma de gran tamaño, que debía ser extraído y para lo cual la paciente manifestó su consentimiento. Durante la operación se comprobó, sin embargo, que el mioma estaba tan adherido al útero que no podía extraerse sin extirpar el útero.

Caso de la vesícula biliar⁵: el médico amplió la operación al paciente para extirparle la vesícula biliar, para lo cual el paciente no había prestado su consentimiento, pues en la fase preoperatoria no se había diagnosticado ninguna anomalía en ella, que sólo se detectó durante la intervención.

Caso de la Cesárea⁶: debido a una fuerte adherencia del útero con la pared abdominal y la vejiga, los médicos tuvieron que practicar a la paciente un corte en el útero que en caso de un embarazo posterior podría provocar peligro de muerte para la madre y para el niño. Por eso decidieron practicarle además una ligadura de trompas para evitar embarazos. La paciente había manifestado su consentimiento para la práctica de la cesárea, pero no para la ligadura de trompas.

Caso de la ligadura de trompas en contra de la voluntad expresa de la paciente⁷: cuando iba a ser atendida de parto, el doctor preguntó a la paciente en el pasillo previo al quirófano si aprovechaba la operación para

² Cfr. LUZÓN PEÑA, D.-M. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 21/27; TRAPERO BARREALES, M. A. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Comares, Granada, 2000, 214 ss.

³ En contaposición a lo que podría denominarse dolo justificante. La doctrina alemana utiliza a veces (aunque excepcionalmente) la expresión *Rechtfertigungsvorsatz*. No obstante, dada la connotación siempre negativa del concepto dolo (incluso del denominado *dolus bonus*), es preferible hablar de conocimiento justificante (o de conocimiento y voluntad justificante).

⁴ *Myom-Fall*, BGHST 11, 111 = NJW 1958, 267.

⁵ *Gallenblase-Fall*, Obergericht Bern, 2015.

⁶ *Kaiserschmitt-Fall*, BGHST 35, 246 = NJW 1988, 2310.

⁷ STS (Sala de lo Civil) de 24-5-1995. Sentencia núm. 487/1995 de 24 mayo RJ 1995\4262.

efectuarle una ligadura de trompas para evitar embarazos futuros, muy peligrosos. La paciente respondió que no. Pero aun así el médico se la practicó durante la intervención.

Toda tentativa exige una decisión o resolución de actuar dirigida a la consumación del delito, esto es, dolosa. Lo cual implica a su vez la necesidad de representación del hecho por el sujeto; es decir, que materialice su decisión con el conocimiento de realizar los elementos que constituyen la parte objetiva del tipo. En consecuencia, la representación del hecho típico incluye por definición la exigencia de dolo. Paralelamente, toda justificación (plena) de un hecho requiere una decisión o resolución de actuar basada y dirigida a realizar un hecho permitido por el Derecho, esto es, justificado. La justificación (plena) de un hecho exige –además de su justificación objetivamente– su justificación subjetivamente, lo cual requiere la representación de la situación de justificación por el sujeto; es decir, que adopte su decisión con el conocimiento de que –según su representación– el hecho que va a realizar está permitido por el Derecho.

Dicho conocimiento subjetivo puede basarse en un examen, mejor o peor –o incluso inexistente, o por el contrario conforme a deber y por ello correcto o adecuado– de la situación. Pero en ningún caso es el examen requisito de la justificación. Por otra parte, aunque se trata de una representación subjetiva, la determinación de su existencia o no debe hacerse conforme a un criterio objetivo. Y también para la verificación de aquélla conforme a este criterio objetivo sólo la representación subjetiva es presupuesto de la justificación, si bien el examen en que ésta se ha basado –su adecuado rigor, su mayor o menor ligereza, o incluso el no haber examinado en absoluto la situación de justificación– es un punto de referencia fundamental para emitir el veredicto con criterios objetivos.

Toda representación subjetiva de la justificación que se determina existente conforme a un criterio objetivo excluye por definición y en consecuencia que haya dolo. Y, *sensu contrario*, existe dolo cuando la representación subjetiva de la justificación se determina inexistente conforme a un criterio objetivo. Quien no examina en absoluto las circunstancias justificantes no puede, conforme a dicho criterio, habérselas representado en concreto; y por ello no actúa sin dolo.

En la tentativa –exceptuando los específicos elementos subjetivos del injusto o del tipo, requeridos sólo en algunos delitos– el dolo no requiere, a mayores de sus elementos constitutivos, otras circunstancias anímicas o móviles, que pueden operar a lo sumo como agravantes o atenuantes. Y lo mismo rige para la justificación. Basta con que el sujeto actúe con la representación subjetiva del hecho objetivamente justificado, sin exigirse, además, que lo haga con o por la finalidad de justificación, y sin que

ésta pueda resultar excluida por la concurrencia de determinados móviles. Pues la actuación con el conocimiento de realizar algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto. En el caso del mioma, la justificación de la esterilización no puede resultar excluida, aunque al médico celoso le guíe una cierta venganza al practicársela a la paciente que fue antigua novia suya, impidiendo de esta forma que pueda tener hijos con otro.

Por otra parte, al igual que la tentativa puede cometerse con todas las clases de dolo, también en la representación subjetiva de la justificación pueden distinguirse supuestos de dolo directo de primer grado, de segundo grado, y de dolo eventual. Para analizarlo nos serviremos –sobre la base de algunos de los casos expuestos– de unos ejemplos adaptados al efecto.

Ejemplo 1: Retomamos el caso en que el médico lleva a cabo la esterilización de la paciente con el conocimiento de que ésta se había opuesto expresamente a ello antes de la intervención y con la convicción de que no consentiría, porque sabía, y así fue, que en la intervención no aparecería ningún dato nuevo relevante al respecto.

Tanto desde la perspectiva exclusivamente subjetiva como conforme a un criterio objetivo el médico cree y quiere realizar un hecho que no está permitido por el Derecho, con pleno conocimiento de los elementos objetivos que requiere el tipo. Cuando resulta probado –como sería aquí el caso– que lo que el médico se representa en la realización del hecho es precisamente la no concurrencia de la situación de justificación, la consecuencia no puede ser otra que la de apreciar dolo directo de primer grado.

Ejemplo 2: El médico lleva a cabo la extirpación de útero sin plantearse, o sin importarle lo más mínimo, si la mujer consentiría o no en ello, y por eso no examina en absoluto esta cuestión.

Desde una valoración objetiva, el médico (por mucho que alegara lo contrario) no se representa la situación de justificación. Actúa sin plantearse en absoluto si lo que va a realizar está permitido o prohibido por el Derecho. En la no representación de la situación de justificación se excluye, por definición, la posibilidad de que en la mente el sujeto quepa error alguno sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de la justificación. Y por lo tanto no es posible apreciar un error de tipo permisivo. (Ello no impide, sin embargo, que quepa, en su caso, apreciar un error de permisión por estimar el médico que concurre una causa de justificación inexistente o por extender demasiado los límites de una existente, como sucede, por ejemplo, en el citado caso de la cesárea).

La actuación del médico es dolosa. Si bien cabría afirmar, aunque es discutible, que no existe dolo directo de primer grado –pues la intención de cometer un delito no es lo que prevalece en su acción– concurre por encima del dolo eventual, al que no es preciso recurrir, dolo directo de segundo grado. Pues actuar sin representarse la situación de justificación conlleva como consecuencia necesaria la realización del hecho típico.

Cuestión distinta es –pero no sólo en éste, sino en todos los demás supuestos– si el hecho realizado no es realmente un delito por estar objetivamente justificado. En cuyo caso el médico sólo «ha intentado» consumir un delito de imposible consumación: tentativa inidónea.

Ejemplo 3: El médico lleva a cabo la extirpación de útero porque cree que concurre el consentimiento presunto de la paciente, pero extrae esa conclusión tras realizar al respecto un examen a la ligera.

Desde su perspectiva, subjetiva, el médico se representa, como existente, la situación de justificación. Cree y quiere actuar de acuerdo con el Derecho. Y desde su perspectiva descarta la posibilidad de equivocarse sobre la concurrencia de dicha situación de justificación. Sin embargo, conforme a un criterio objetivo, quien realiza el hecho tras examinar a la ligera la situación de justificación se representa sólo eventualmente, sólo como posiblemente existente, la situación de justificación. En el médico cabe en principio tanto la posibilidad de equivocarse como la de acertar en la representación de los presupuestos de justificación, de lo que se derivan consecuencias muy diferentes. Si yerra en la representación de un hecho en el que realmente, objetivamente, no concurre la situación de justificación (cree equivocadamente que la paciente consentía en la extirpación del útero), responde por un delito imprudente (pues hay desvalor de acción) y consumado (porque existe desvalor del resultado). Por el contrario, si aun basada en un examen a la ligera (y por tanto no conforme a deber) la representación subjetiva de la justificación por parte del médico coincide con la situación de justificación objetivamente determinada, el hecho es impune. Falta el desvalor del resultado porque éste es objetivamente correcto. Y como la finalidad del sujeto –que era la de creer y querer actuar de acuerdo con el Derecho– coincide real y efectivamente con los mandatos del Derecho, falta también el desvalor doloso de acción. Estaríamos ante una suerte o especie de tentativa imprudente, que no está penada.

Para concluir, veamos todo lo anterior aplicado en síntesis a los casos planteados al principio con sus correspondientes hipótesis.

Descartamos, por aporéticas, las hipótesis de coincidencia entre la representación subjetiva y objetiva de la situación de justificación, pues en ellas es indiscutible que la ampliación de la intervención está justificada

o se excluye ya de entrada la tipicidad. Por lo demás son afortunadamente las más normales o habituales. Asimismo, no plantean mayores dificultades los casos en que claramente falta el elemento subjetivo de justificación. Como hemos visto, en el caso del médico que practica la ligadura de trompas incluso representándose la no justificación de la conducta, si el hecho –como parece evidente– no está objetivamente justificado, el médico responderá por delito doloso consumado de mutilaciones (con una pena prisión de seis a 12 años). Y si estuviese objetivamente justificado –lo cual sería asombroso, rozando en lo irreal– habría que apreciar tentativa inidónea de mutilaciones (castigada con pena de prisión de tres a seis años, o de uno a tres años). La misma responsabilidad correspondería en ambas hipótesis si en el caso del mioma el médico practica la extirpación de útero sin representarse la situación de justificación, tras no haberla examinado en absoluto o mínimamente. El tratamiento diferenciado, de mayor respuesta punitiva, que parece merecer el primer caso respecto del segundo, sólo podría valorarse en el marco penal previsto para el delito consumado, o en la rebaja en uno o dos grados, en el caso de tentativa inidónea.

Los casos de mayor interés, y por supuesto los más discutidos, son los que plantean la posibilidad de concurrencia de error sobre los presupuestos de la justificación. A saber, aquellos en que el médico cree, erróneamente, que en la ampliación de la intervención concurría la voluntad real de paciente en el momento de la intervención. Si bien esto no es problemático para la teoría del dolo o para la teoría estricta de la culpabilidad, sí lo es, sin embargo, para teoría restringida de la culpabilidad, que es la correcta por cuanto en el error sobre las causas de justificación distingue entre error de tipo y error de prohibición.

Y esto se ve claramente en los casos de la vesícula biliar y de la cesárea.

En el primero de ellos, acertadamente, el tribunal de Berna⁸ rechaza la posibilidad de invocar el consentimiento presunto como causa de justificación por cuanto no existía un peligro considerable para la vida o para la salud. El médico era consciente de la ausencia de urgencia y necesidad en la extirpación de la vesícula. Y asimismo niega la posibilidad de apreciar un error de tipo permisivo. Desde el punto de vista subjetivo el médico no partía de la base de que la extirpación de la vesícula no podía tolerar retraso alguno, ni de que posponer su extirpación implicaría importantes riesgos para la salud o inconvenientes significativos para la salud del paciente. Sí procede, sin embargo, apreciar un error vencible de prohibición,

⁸ Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, vom 2. Februar 2015, 4.

basado en que el médico actuó interpretando erróneamente el alcance de la justificación por consentimiento presunto.

La problemática es similar en el caso de la cesárea, respecto del cual existen opiniones discrepantes acerca de si en él concurre un error de tipo o un error de prohibición. Frente a la opinión del BGH⁹, que aprecia un error de tipo, es más acertada, como entiende un relevante sector de la doctrina¹⁰, la apreciación de un error de prohibición. Sobre la base de la teoría restringida de la culpabilidad no concurre un error de tipo porque no se equivocan sobre el presupuesto fáctico. Los médicos no creen que para practicar la añadida esterilización ya no era posible consultar a la mujer (lo cual, de creerlo, sí sería un error de tipo), sino que consideran que no era necesario porque la esterilización practicada en esas circunstancias estaría en cualquier caso justificada. Considerarlo un error de tipo supondría extender demasiado los límites del consentimiento presunto. Por el contrario, sí existe un error de permisión (o desde otra perspectiva, un error de prohibición) que deja intacto el dolo y sólo afecta a la culpabilidad. Más concretamente, el error de permisión que concurre en este caso no es el que consiste en invocar una causa de justificación absolutamente inexistente, sino en extender demasiado los límites de una causa de justificación existente. Pues el consentimiento presunto, que se invoca, sobrepasa sus límites: la esterilización sólo podría resultar justificada por consentimiento presunto –en virtud de su carácter subsidiario– cuando no hubiera sido posible consultar a la paciente. Debe advertirse que, si bien es cierto que un peligro poco importante o considerable excluye de antemano el consentimiento presunto, también lo es que no cabe invocar dicho consentimiento ante un peligro incluso importante o considerable si la operación también puede llevarse a cabo posteriormente tras informar y consultar al paciente¹¹. Y es lo que sucede en el presente caso. En consecuencia, aplicando el CP español, los médicos responderían por delito doloso consumado de mutilaciones (art. 149: pena de prisión seis a doce años), con aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, si, como parece lo más correcto, el error fuera vencible.

⁹ *Kaiserschnitt-Fall*, BGHSt 35, 246.

¹⁰ Entre otros, ROXIN, C. Über die mutmassliche Einwilligung, en: FS-Welzel, 1974, 458 ss.; MÜLLER, F. en: Roxin/Schroth (eds.), *Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*. 2.^a 2001, 40.

¹¹ En el mismo sentido, ROXIN, C. / GRECO, L., AT (cit), § 18, nm. 12.

La interpretación de la norma penal como parte del derecho: análisis bajo una perspectiva del dogma dúctil

Lina Mariola Díaz Cortés

Profesora Contratada Doctora, Área de Derecho Penal
Universidad de Salamanca



SI ALGO HE APRENDIDO DE LA MANO del profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE es la apertura que debe tener nuestra disciplina, frente al resto de conocimientos y a los cambios de nuestra sociedad. Así lo ha señalado al escribir sobre la necesidad de que el Derecho Penal se adapte a las necesidades de un mundo cambiante¹ en las que la internacionalización y sus efectos en la sociedad es un buen ejemplo². No en vano cuando se leen sus publicaciones, se observa que pese a los años conservan su vigencia. A título de ejemplo en un artículo de 2008, se unía a la voz de los que sentenciaban como la protección del medio ambiente es condición para la vigencia real de otros derechos tan fundamentales como la vida³. Partiendo de lo ante-

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «La ciencia del Derecho Penal en la actualidad», en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.). *Curso de Derecho Penal, Parte general*, Barcelona, Ediciones experiencia, 2016, p. 72. En el mismo sentido junto con PÉREZ CEPEDA: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / PÉREZ CEPEDA, A. I. «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», *Revista penal México*, n.º 1, 2011, p. 63.

² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Acerca de la Internacionalización del Derecho Penal», en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 21 y ss.

³ En este sentido IGLESIAS MÁRQUEZ, D. «La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales», *Revista Sequência*, vol. 41, n.º 86, 2020, p. 98 (Consulta 11 de agosto de 2021). Disponible en <<https://>

rior, planteaba la exigibilidad de políticas de desarrollo sostenible⁴, en las cuales el Derecho Penal en su búsqueda de un orden de justicia, es una parte fundamental de la respuesta del Estado frente a los ataques más graves contra el medio ambiente. Más vigente no pueden ser sus palabras, cuando hoy se está planteando la incorporación del delito de *ecocidio* dentro del catálogo de delitos internacionales competencia de la Corte Penal Internacional⁵.

Este artículo es un pequeño homenaje a su labor docente en el que su noción de apertura pretende estar presente.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Al investigar sobre la discusión actual respecto al objeto de la Dogmática Jurídico Penal, nos encontramos con un contundente trabajo de SILVA SÁNCHEZ titulado: «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico penal: una defensa de la racionalidad valorativa», publicado en 2019. El autor refiere que en la Ciencia de Derecho Penal se ha mantenido el debate entre dos posturas⁶. Una definida como **concepción positiva** que parte de entender que la Dogmática de derecho tiene como único objeto el derecho positivo y que su método «es la descripción de su contenido así como la sistematización de los enunciados descriptivos resultantes»⁷.

La segunda denominada **concepción filosófica** que parte de la idea de una dogmática *idealista y constructiva* que descubre, construye o

www.scielo.br/j/seq/a/WgwnXfpZwThRpnkKyhKDwBp/>, citando a SHARP, P. «Prospects for Environmental Liability in the International Criminal Court», *Virginia Environmental Law Journal*, [s.l.], vol. 18, n.º 2, 1999, pp. 217-243; señala como se justifica «la intervención del sistema de justicia penal internacional, ya que un medio ambiente sano constituye una precondition necesaria para el disfrute y ejercicio de diversos derechos humanos».

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «La protección penal del medio ambiente. Algunas cuestiones generales», en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 1000.

⁵ Particularmente interesante la propuesta de Stop Ecocidio International, <<https://stopecocidio.org/>>. Sobre el debate de la competencia de la Corte Penal Internacional en delitos medioambientales; IGLESIAS MÁRQUEZ, D. «La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente...», pp. 89-122, *passim*.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico penal: una defensa de la racionalidad valorativa», *Indret*, n.º 4, octubre de 2019 (Consulta 30 de julio de 2020). Disponible en: <<https://indret.com/los-tres-ambitos-de-la-dogmatica-juridico-penal/>>.

⁷ *Ibidem*, p. 3.

reconstruye los contenidos del Derecho correcto⁸. Es así como se está frente a dos concepciones sobre la dogmática: una que se puede enmarcar dentro de análisis formal y otra dentro de las valoraciones⁹.

El autor remarca el hecho de que en la discusión dogmática las valoraciones parecen una cuestión connatural a ella¹⁰. Creo que en el trasfondo de esta discusión está la idea de mantener el halo de científicidad de la Dogmática penal, en efecto, el objeto de la misma debe ser el derecho positivo penal como algo aprehensible y pareciera que entrar en algo más que ello irrumpe en el terreno de lo no controlable.

Pero, si tomamos en cuenta que uno de los aspectos fundamentales de la reivindicación de la Dogmática Jurídica y por ende de la Dogmática jurídico penal, es su papel social; está claro que se debe partir de la contingencia del mundo al que se dirige el estudio, tal como lo refiere MESSUTI¹¹.

Así pues, si estamos frente a un mundo *contingente*, la aplicación del método jurídico penal de reglas que anhelen una precisión matemática, parece absurdo, dado que como BOVIO ya lo refirió en un texto publicado en 1902, no se puede medir el mundo moral como se mide el mundo físico¹².

Ahora bien, todo lo anterior, aparentemente ataca a un principio fundamental que opera dentro de la Ciencia Jurídico Penal, esto es la seguridad jurídica. Parece que los límites que se pretenden marcar con el discurso interpretativo, sistematizador y de debate crítico de la dogmática jurídico penal, de una única función a la dogmática en su aspecto explicativo, limitado a los principios o reglas incluidas por el *sistema del legislador*¹³, re-

⁸ Ídem.

⁹ PERALTA, J. M. / NAVARRO, P. E. / MANRIQUE PÉREZ, M. L. *La relevancia de la dogmática penal*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011, passim.

¹⁰ Según SILVA SÁNCHEZ, en la actualidad existe una renovada tendencia al reduccionismo, en el que sus seguidores «pretenden una supuesta *democratización* del discurso sobre el Derecho penal frente a las *pretensiones elitistas de los profesores*. La primera tesis de esta opinión doctrinal es, por tanto, que los enunciados valorativos de la dogmática no tienen carácter científico. La razón de ello es que solo ostentan tal estatus los enunciados descriptivos relativos a un objeto existente y susceptible de ser conocido (en este caso: las leyes). Pero, además, su segunda tesis es que los enunciados valorativos de la dogmática tampoco gozan de legitimidad política, pues esta solo les asiste a los que tienen un origen democrático. Otra vez: los textos de las leyes». SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico penal...», óp. cit., p. 4.

¹¹ MESSUTI, A. *La justicia deconstruida*, Barcelona, Bellaterra, 2008, p. 49.

¹² MESSUTI cita a *Giovanni Bovio*. He agregado la traducción de algunas expresiones finales a la traducción hecha por la autora. MESSUTI, A. *La justicia deconstruida*, óp. cit., p. 49.

¹³ NINO, C. S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 78.

chazando su función **legislativa** en las que además «permiten la inferencia de reglas o principios no incluidas en el sistema del legislador»¹⁴. Por ello, abogamos por entender la Ciencia del Derecho Penal en triología de las actividades de descripción del Derecho vigente, su análisis sistemático y conceptual y la elaboración de propuestas a casos problemáticos, teniendo como objeto el Derecho Penal, pero un Derecho Penal no visto como dogma inamovible sino dúctil, abierto frente a la contingencias que reconozca que se pueden «estallar los límites del derecho»¹⁵.

En esta línea SILVA SANCHEZ indica que si bien es un límite de su construcción de *lege lata*, se debe considerar que «la ley no puede ser el único material de la dogmática, sino que ha de haber un fundamento más profundo del Derecho, desde el que tanto la legislación misma como la propia dogmática resulten explicables»¹⁶. En el mismo sentido, el profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE plantea como objeto de conocimiento dentro de la Dogmática Penal, el Derecho positivo, pero cuestionando una visión acrítica de su contenido con distanciamiento de la realidad¹⁷.

En consonancia con lo anterior, y partiendo de lo referido por ALEXY consideramos que la **Dogmática Jurídica** no sólo cubre la descripción del ordenamiento vigente y el análisis sistemático y conceptual y sino también la elaboración o creación de propuestas basadas en un Derecho justo. Por eso el objeto del conocimiento de la Ciencia del Derecho Penal no puede ser solo el derecho positivo, sino el derecho penal, entendido como una normativización racional en el que se busque orden de orden de justicia. Limitarse a la descripción de la norma o a la mera sistematización a partir de la misma, implicaría una idea políticamente conservadora y legitimista del orden dado¹⁸, obviando «el problema de legitimación del Derecho penal en el horizonte de la ciencia»¹⁹.

¹⁴ *Ibidem*, p. 89.

¹⁵ Usando la expresión de *Hannah Arendt* y *Karl Jaspers*, citados por MESSUTI, A. *Un deber ineludible. La obligación del Estado de perseguir penalmente los crimines internacionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, p. 116.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Dogmática jurídico-penal revisitada», *InDret*, n.º 4, 2008, p. 2 (Consulta 18 de julio de 2020). Disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/editorial_penal_I_I.pdf>.

¹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «La ciencia del Derecho Penal en la actualidad», *óp. cit.*, p. 72.

¹⁸ En este sentido, DONINI, M. «El problema del método penal: de Arturo Rocco al Europeísmo judicial», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7, n.º 55, enero – junio de 2011, p. 54. (Consulta 4 de septiembre de 2020). Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4136856>>.

¹⁹ *Ibidem*, p. 58.

En esta línea analizaré una perspectiva que en nuestro concepto parten de la dogmática jurídica penal referida a lo que hemos denominado *dogma dúctil* basado en que el sistema jurídico que lo contiene se abre a ese mundo contingente. Dicha perspectiva en nuestra opinión ha buscado evitar que la venda normativa impida «vincularse con la realidad tal como es, o admitirla tal como ha sido»²⁰ y además se abra respecto a todo el Derecho en conjunto. El Derecho Penal forma parte del sistema normativo general, por lo cual al momento de su comprensión, explicación y aplicación se debe tomar en cuenta este marco. En este sentido, en la interpretación de la norma penal se debe partir de que el sistema normativo involucra no sólo el derecho penal, sino las demás ramas del derecho.

De esta forma, analizaremos la reivindicación del derecho penal como parte del sistema normativo general en el que la norma penal debe interpretarse dentro del marco penal sin ignorar otras ramas del derecho.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL *DOGMA DÚCTIL*: LA RELACIÓN DE LA PARTE Y EL TODO

Partiendo de que el Derecho Penal representa la respuesta más severa del ordenamiento frente a la trasgresión de bienes jurídicos, tomando en cuenta las injerencias que el conlleva en los ciudadanos, el proceso de comprender la norma penal y su aplicación, debe ser especialmente cuidadoso²¹. En este proceso interpretativo, será fundamental verificar la racionalidad del mismo, fundado en uno de los postulados que en nuestro concepto debe marcar la comprensión de la norma: la necesidad de interpretar la norma penal tomando como referencia que la misma, forma parte del derecho en general, en el que se busca ante todo un orden de justicia.

²⁰ MESSUTI, A. *Derecho como memoria y justicia*, Madrid, Posmetropolis Editorial, 2020, p. 3. Utilizamos esta frase de la autora, porque compartimos sus magistrales ideas en torno a la necesidad de aplicación de criterios que reconozcan ideales de justicia. La autora parte de una concepción de dogmática penal que no cuestiona el orden normativo (ibídem, p. 6), al respecto nos distanciamos al reconocer la dimensión crítica de la misma.

²¹ KUDLICH, H. *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho Penal. Contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 31. En la misma línea ya lo señalaba SILVA MELERO, al indicar la importancia de la interpretación en el Derecho Penal dado «la exacta interpretación de estos términos depende de nada menos que la posibilidad de tipificar o no una conducta humana dentro de una norma punitiva, para su sanción». SILVA MELERO, V. *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho Penal*, Oviedo, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1950, p. 160.

En este sentido, en este punto haremos, en primer lugar, una breve reseña a los círculos hermenéuticos referidos por la Hermenéutica jurídica, entendida como el arte de comprender²², para después centrarnos en uno de ellos y explicar por qué creemos que el Derecho Penal debe ser interpretado como parte del sistema normativo general.

1. *Los círculos hermenéuticos*

A través de las Ciencias comprendemos el mundo que nos rodea. Es así como con la Física cuántica entenderemos el universo y a través de las Ciencias Jurídicas entenderemos por qué el matar en legítima defensa no es punible conforme a una norma penal. En la Física Cuántica estaremos frente a problemas del *ser* en los que se describe la *realidad en estricto sentido* y en las Ciencias Jurídicas ante problemas del *deber ser* que prescriben una *realidad creada* por el hombre, dado que finalmente a través de su objeto, el Derecho, se regulan por el hombre las relaciones sociales. Ahora bien, tanto en la Física Cuántica como en las Ciencias Jurídicas, los problemas deben ser *comprendidos*²³.

No obstante, la comprensión para resolver un problema jurídico, como por ejemplo, por qué no castigar el homicidio en legítima defensa, no es la misma que para resolver por la Física Cuántica el origen de los agujeros negros²⁴. En los problemas jurídicos, en el ámbito del *deber ser*, para aplicar una regla jurídica a una conducta tendremos que comprender el caso, lo cual implica entender su sentido y el valor «a través, precisamente, de las categorías de sentido y de valor de que disponga el

²² Según KAUFMANN la hermenéutica aunque cumple funciones metodológicas no es un método, sino una filosofía trascendental, ya que formula condiciones que hacen posible cualquier comprensión. «Como tal, no preceptúa método alguno; se limita a señalar los presupuestos necesarios para que tal cosa u otra pueda ser entendida conforme a su sentido». KAUFMANN, A. «Concepción hermenéutica del método jurídico», *Persona y Derecho*, n.º 35, 1996, p. 13 (Consulta 18 de agosto de 2020). Disponible: <<https://hdl.handle.net/10171/12897>>.

²³ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2016, p. 136.

²⁴ De esta forma, en esta esfera cognoscitiva los diferentes científicos postularan proposiciones para explicarlas que pueden ser verdaderas o faltas. En este sentido, NATIONAL GEOGRAPHIC [Redacción, España] «Los agujeros negros no existen, afirmó Stephen Hawking, al menos no como los imaginamos», *National Geographic* [en línea], 25 de febrero de 2014 (Consulta 18 de agosto de 2020). Disponible en <https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/los-agujeros-negros-no-existen-dice-stephen-hawking-al-menos-no-como-los-imaginamos_7983>.

interprete»²⁵, por los cual los resultados que se lleguen pueden ser correctos o incorrectos, pero nunca verdaderos o falsos.

La comprensión está vinculada con la interpretación y por ende con la Hermenéutica, que nos ayuda a interpretar y dar sentido a la norma y así dar respuesta a los problemas jurídicos²⁶. Al interpretar una norma, buscaremos dar sentido no sólo a cada una de las palabras, sino a la secuencias de las palabras y frases que expresan una relación continua de ideas²⁷. Según LARENZ:

[E]l significado de la mayoría de las palabras muestra una amplitud de variación, más o menos grande; cual sea el significado que justamente se ha tenido en cuenta y que se ha de entender aquí, resulta, no en último término, de la posición de una palabra en la frase y, además, de la conexión total de sentido dentro de la cual está aquella en tal lugar del discurso o del texto. De ello resulta una peculiaridad de los procesos de comprender, que es conocido bajo la denominación de *círculo hermenéutico*. Con ello, dicho sencillamente, se quiere decir lo siguiente: puesto que el significado de las palabras en cada caso sólo puede ingerirse de la conexión de sentido del texto y éste, a su vez, definitivamente sólo del significado (...) de las palabras que lo forman y de la combinación de las palabras, el interprete (...) tiene, ya en cada una de las palabras volver al mirar previamente al sentido de la frase por él esperado y al sentido del texto en conjunto; y de éste, al menos cuando surjan dudas, al significado primeramente aceptado por él y, dado el caso, rectificar o bien éste o bien su ulterior comprensión del texto tanto como sea preciso hasta que resulte una concordancia continua²⁸.

Se le denomina *círculos hermenéuticos*, porque finalmente la interpretación se va desarrollando en movimientos circulares²⁹, lo cual no implica un círculo vicioso ya que, como lo señala el autor, la comprensión no retorna al punto de partida, sino que supone un mayor grado de comprensión del texto³⁰.

²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, óp. cit., p. 136.

²⁶ Lo cual no implica que sea el único modelo. En este sentido KAUFMANN, para quien «la Hermenéutica no es sino una de las varias posibilidades que tenemos de habérnoslas con las cosas, y entre ellas el Derecho». Lo que implica que no se excluyen otras teorías como la analítica o a la de la argumentación. KAUFMANN, A. «Concepción hermenéutica del método jurídico, óp. cit., pp. 13 y 14.

²⁷ LARENZ, K. *La metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 194.

²⁸ *Ibídem*, pp. 194-195.

²⁹ MESSUTI, A. *El tiempo como pena*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 99.

³⁰ LARENZ, K. *La metodología de la ciencia del Derecho*, p. 195.

Es así como en el proceso de comprender para interpretar no implica una actividad lineal como lo sería en un problema matemático, sino en «pasos alternos, que tiene por meta un recíproco esclarecimiento del uno mediante el otro (y por este medio una aproximación a la meta de amplia garantía)»³¹.

ALEXY se refiere a tres círculos hermenéuticos. El **primero** se configura con la relación entre la pre-comprensión y el texto³², constituyéndose en un momento inicial³³. Para HEIDEGGER la comprensión de un texto a través de los *círculos hermenéuticos* está «determinada permanentemente por el movimiento anticipador de la pre-comprensión»³⁴, por ello la comprensión implica «la elaboración de este proyecto previo, que por supuesto tiene que ir siendo constantemente revisado en base a lo que vaya resultando conforme se avanza en la penetración del sentido»³⁵. En otras palabras, la pre-comprensión implica una hipótesis o una presunción de la cual parte el intérprete sobre la solución al problema jurídico que está pendiente de decisión, correspondiendo a dicho círculo el *postulado de reflexividad*³⁶.

El **segundo** círculo cubre la relación entre la parte y el todo³⁷. Ello implica por un lado, que para que se pueda comprender una norma se requiere comprender el sistema normativo al que ésta pertenece³⁸, y por otra parte, que no es posible comprender el sistema normativo si no entendemos las normas particulares que lo conforman³⁹, por lo cual en la labor interpretativa se debe hacer una justa valoración del conjunto⁴⁰. En este sentido DWORKIN, señala:

[E]l juez debe someter a prueba su interpretación de cualquier parte de una amplia red de estructuras políticas y decisiones de la comunidad a

³¹ Ídem.

³² ALEXY, R. *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 40.

³³ ZACCARIA, G. *Razón jurídica e interpretación*. Trabajos compilados por A. Messuti, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 389: «La interpretación jurídica es siempre el fruto de la actividad de un sujeto que comprende y actúa desde dentro de un contexto, partiendo de una precomprensión e insertándose en una praxis y en una comunicación que implican a la comunidad».

³⁴ MESSUTI, A. *El tiempo como pena*, óp. cit., pp. 99-100.

³⁵ Gadamer citado por MESSUTI, A. *El tiempo como pena*, óp. cit., p. 99.

³⁶ ALEXY, R. *Teoría del discurso y derechos humanos*, óp. cit., 1995, p. 41.

³⁷ Ídem.

³⁸ MESSUTI, A. *El tiempo como pena*, óp. cit., p. 101.

³⁹ ALEXY, R. *Teoría del discurso y derechos humanos*, óp. cit., p. 42.

⁴⁰ En este sentido haciendo referencia a lo expresado por ALEXY, MESSUTI, A. *El tiempo como pena*, óp. cit., p. 101.

la que le pertenece preguntándose si su interpretación podría o no formar parte de una teoría coherente que justificará la red como un todo⁴¹.

Es así como no se trata de que se tenga una coherencia meramente formal entre las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico, sino de que la interpretación debe respetar la coherencia del contenido⁴². A dicho círculo corresponde el *postulado de la coherencia*.

El **tercer** círculo engloba la relación entre las normas y los hechos. Las normas son universales– abstractas y los supuestos facticos individuales– concretos. Es así como se parte de que la norma universal– abstracta revela una estructura incompleta que es completa con el procedimiento hermenéutico de concretización «de la norma jurídica en el contexto de la decisión del caso práctico»⁴³. A dicho círculo corresponde el *postulado de completación*.

2. *La interpretación de norma penal como parte de la interpretación del derecho*

Ahora bien, visto brevemente los tres círculos hermenéuticos nos centraremos en el segundo, esto es la relación entre la parte y el todo y la parte, dado que en nuestro concepto en este círculo que marca el postulado de la coherencia, se expresa una idea fundamental de interpretación: a la hora de interpretar una norma penal, esta debe ser analizada como parte de un sistema normativo que no sólo cubre la legislación penal.

En esta línea, ya en 1910 ROCCO afirmaba la necesidad de que el penalista no trabajara al margen de otras áreas del Derecho. En este sentido, reconociendo la independencia del Derecho Penal, consideróóó'po que su estudio implica «en forma subordinada pero inobjetable, el conocimiento científico de todas las demás ramas del derecho»⁴⁴. Es así como el Derecho Penal «se proyecta a veces en función de la complementación y protección, a cualquier campo del derecho»⁴⁵. De forma elocuente lo describe al indicar:

⁴¹ Ronald Dworkin, citado por MESSUTI, A. «Derecho penal y derechos humanos: los círculos hermenéuticos de la pena», *Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 3, 2003, p. 59.

⁴² MESSUTI, A. *El tiempo como pena*, óp. cit., p. 101.

⁴³ Ibídem, p. 102.

⁴⁴ ROCCO, A. *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 28.

⁴⁵ Ibídem, p. 40.

Tratad, en efecto, de llegar a conocer científicamente los denominado *delitos contra la propiedad* sin conocer, al menos en sus delineamientos fundamentales, el sistema de nuestro derecho privado, civil y comercial. ¡Haced el ensayo de estudiar científicamente los delitos contra la administración pública sin conocer los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, (...). Los resultados que alcanzaréis serán de tal vacuidad científica, que no podréis ir más allá de la simple reproducción científica, que no podréis ir más allá de la simple reproducción de los artículos de la ley, con la respectiva exposición de controversias exegéticas minúsculas, relacionadas con ellos. ¡Tales resultados no merecen el nombre de ciencia!⁴⁶.

Lo que afirmaba ROCCO parte de la idea de que en la interpretación de las normas penales, debemos partir de un esquema de interpretación abierta y pluralista, en el que debemos tomar en cuenta valoraciones hechas por otras ramas del Derecho, por la conexión conceptual que existe entre ellas, por representarse ante todo el Derecho como unidad⁴⁷. Es así como la norma penal sólo puede ser entendida dentro de un sistema normativo que buscar regular la conducta de los hombres, esto es el *deber ser* que como sociedad hemos establecido.

En la misma línea, para BINDING el contenido de los bienes jurídicos que se protegen con las leyes penales «se hallan esparcidos en todas las áreas del derecho»⁴⁸. Por lo cual, todas ellas aportan a la formación de lo penalmente relevante, de esta forma: «el derecho penal no puede considerarse aisladamente sino más bien en su conexión viva con todo el resto del derecho; se debe tomar como miembro del sistema jurídico positivo total»⁴⁹.

Es así como para entender cuál es el bien jurídico de un delito, se debe acudir no solo a la interpretación de la ley penal, sino al análisis del sistema jurídico como parte del mundo⁵⁰. En este esquema de interpretación abierta y pluralista, consideraremos que desde el propio Derecho

⁴⁶ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁷ SILVA MELERO, V. «Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo I, 1948, p. 246. (Consulta 18 de agosto de 2020). Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2769530>>.

⁴⁸ ROCCO se refiere a la obra de Binding. ROCCO, A. *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*, óp. cit., p. 80, nota 48.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ Acojo de esta manera lo señalado por MESSUTI, A. *El tiempo como pena*, óp. cit., pp. 97 y ss., en el apartado «Derecho Penal y derechos humanos. Los círculos hermenéuticos de la pena». En la interpretación en el Derecho, se debe acudir no solo a los documentos escritos y a las valoraciones que se hagan por las diferentes ramas del Derecho, sino también a las «instituciones sociales, los principios y las normas no

Penal debemos abrir nuestros criterios de interpretación a valoraciones hechas por otras ramas del Derecho, por la conexión conceptual que existe entre ellas, por representarse ante todo el Derecho como unidad, en el que sus diferentes áreas tienen como objetivo «colaborar al bien común, instaurando en la sociedad un orden de justicia»⁵¹. Pensemos por ejemplo en la conexión e interferencia del derecho penal con el derecho civil. Dicha conexión fue brillantemente sustentada por SILVA MELERO, quien en 1948 escribió:

No es pues, que planteemos una conexión o interferencia, negando su importancia o carácter científico independiente, dentro, naturalmente, de la teoría general del Derecho. Lo que afirmamos es que no se puede negar la influencia del pensamiento civilista en el Derecho penal, la existencia de instituciones afines y paralelas y la necesidad de una equiparación conceptual en muchos casos, que evite el desconcierto entre los juristas⁵².

Reconociendo lo anterior, a título de ejemplo en un trabajo defendimos la necesidad de que en los supuestos de *sexting* secundario⁵³, reconducibles por el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art.197.7 del Código Penal actual), se tuviera en cuenta la perspectiva civil. El *sexting* secundario es la conducta consistente en la difusión no consentida a terceros, por parte del receptor de videos o fotografías de tipo sexual, producidos y protagonizados por el propio remitente, o, producidos y

escritas». Lo que en parte implica aceptar que el Derecho debe tener una vocación de apertura, en este sentido: ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil...*, óp. cit., p. 147.

⁵¹ SILVA MELERO, V. «Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal», óp. cit., p. 246.

⁵² *Ibidem*, p. 251.

⁵³ Esto es la conducta consistente en la difusión no consentida a terceros, por parte del receptor de videos o fotografías de tipo sexual, producidos y protagonizados por el propio remitente, o, producidos y protagonizados por el remitente y el receptor. En la construcción de este concepto, he tomado en cuenta a GUIASOLA LERMA, C. «Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del *sexting* sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015», en CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.) / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.), *Menores y redes sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 289-290. Además se hace referencia a este concepto de *sexting* pasivo o secundario en INTECO. *Guía adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, 2011, p. 19 (Consulta 13 de abril de 2019). Disponible en <<http://www.sexting.es/guia-sobre-adolescentes-y-sexting/>>. SALVADORI citando a Schmitz precisa que «el termino se emplea para referirse a la cesión o a la difusión no consentida a terceros de contenidos pornográficos por parte de los que han recibido de un menor». Véase SALVADORI, I. «La controvertida relevancia penal del *sexting* en el derecho italiano y comparado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, p. 6 (Consulta 13 de abril de 2019). Disponible en <<http://criminol.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf>>.

protagonizados por el remitente y el receptor. En nuestra opinión, el bien jurídico protegido en esta conducta es la intimidad o la propia imagen del sujeto que se ha grabado o ha sido grabado con su consentimiento, pero cuya difusión se ha producido sin éste⁵⁴. Ahora bien, tomando en cuenta que los contornos de estos derechos personalísimos y la validez del consentimiento dado para su disposición, han sido juiciosamente trabajados por la dogmática civil, argumentamos porque consideramos que a la hora de entender la afección de dichos bienes jurídicos se debía tomar en cuenta la perspectiva civil⁵⁵.

En efecto, aquí de lo que se trataba era de entender si el consentimiento inicial dado por la víctima cubría el acto posterior de difusión realizado por el victimario. En nuestro estudio concluimos que respecto a la **intimidad**, no era así, dado que no se podría plantear un consentimiento extensivo que ignorara que el mismo es sólo «un elemento nuclear del ejercicio del derecho y despliega efectos en el plano de la justificación de la intromisión»⁵⁶. Es así como el sujeto puede autorizar a un tercero el acceso a un ámbito reservado de su intimidad, pero esto no priva a ese dato o espacio de esa calidad de íntimo. Yo puedo decidir compartir determinado

⁵⁴ Entendimos que el Derecho al honor sólo se afectaba si junto a la remisión de la imagen, se hacían comentarios deshonrosos. Sobre el contenido del derecho al honor la doctrina coincide en destacar la dificultad para precisar su contenido. Al respecto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Revisión del contenido del bien jurídico honor», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVII, 1984, p. 305. Del mismo autor un desarrollo del derecho al honor en el marco de la libertad de expresión: *Honor y libertad de expresión: Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 56 y ss.

⁵⁵ SILVA MELERO, V. «Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal», óp. cit., p. 247, el autor refiere como la conexión conceptual entre el Derecho Penal y Civil viene ya desde el Derecho Romano, cuando en una época se consideraba los *delicta*, modalidades del *ius civile*. Al respecto, BARJA DE QUIROGA señala que en el Derecho Romano, podían existir delitos públicos (*crimina*) y delitos privados (*delicta o maleficia*). Estos últimos implicaban la lesión de un interés particular, en los que se generaba una obligación, entendida como pena, de reparar la lesión del daño causado. A título de ejemplo: *furtum*, la rapina, la *iniuria* y la *damnum iniuria datum* (daños: *lex aquiliae*). Al respecto, cita a *Sohm* quien señala «el Derecho romano primitivo no comparte la idea moderna del Derecho privado como fuente de un Derecho de indemnización para el que lo sufre». BARJA DE QUIROGA, J. «Presentación», en FERRINI, C. *Derecho Penal Romano*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 17-18 (Consulta 16 de noviembre de 2019). Disponible en <<https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491232483.pdf>>.

⁵⁶ MIERES MIERES, L. J. «La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales. Una visión desde la jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014, p. 2091 (Consulta 16 de noviembre de 2019). Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4949482>>.

contenido erótico con una persona, pero ese consentimiento para compartir ese acto reservado, no implica que ese acto deje ser íntimo. En otras palabras, y tal como se señaló en un momento por el Tribunal Supremo, el Derecho a la intimidad no se comparte⁵⁷, una persona puede decidir que alguien pueda conocer aspectos reservados vinculados con su intimidad, siendo su consentimiento valedor de dicha intromisión, pero no perdiendo el acto reservado su carácter de íntimo.

Con relación a la **propia imagen**, en los casos vinculados con *sexting* secundario, la víctima ha permitido o compartido su video o imagen, admitiendo la intromisión de su victimario, pero limitando el tiempo y el espacio, así como el contenido del consentimiento mismo. No obstante, dicho espacio y contenido del consentimiento no se ha respetado, pues al divulgarse la imagen o el video, en primer lugar, no se ha respetado un espacio privado y temporal; y en segundo lugar, pues se ha trasgredido el contenido del consentimiento, dado que este solo se limitaba a su

⁵⁷ STS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre [RJ 2004, 7917], FJ 8, señala: «lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo». Al respecto COMES RAGA citando a *Inmaculada Valeije Alvarez* [«Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/ CUERDA ARNAU, M. L. (Coord.), *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1871], señala: «Con ello, el Alto Tribunal diferencia netamente entre el derecho a la intimidad y la actividad sexual, de tal manera que la intimidad no coincidirá necesariamente *sit et simpliciter* con la actividad sobre la que se proyecta». COMES RAGA, I. «La protección penal de la intimidad a través de la difusión in consentida del *sexting* ajeno», *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 105, 2013, p. 3. Por su parte, JUANATEY DORADO, C./ DOVAL PAIS, A. «Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes», en JAREÑO LEAL, Á. (Coord.) y BOIX REIG, F. J. (Dir.). *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, Iustel, 2010, p. 162, considera que una interpretación así es forzada. Sobre esta sentencia parece referirse GARCÍA GONZÁLEZ, al señalar «Si los datos fueran introducidos o compartidos en la red por uno de los titulares (p. ej., fotografías sobre la relación sexual mantenida entre ambos, de mutuo acuerdo...), la argumentación para basar la punición de la conducta sería la utilizada en otras ocasiones por el Tribunal Supremo: que una persona comparte con otra su intimidad tan solo supone eso: la voluntad de compartir un momento íntimo, una vivencia personal. Pero lo anterior no implica ceder el control –ni mucho menos la titularidad– de dicha intimidad a un terceros ya que estamos ante un derecho personalísimo». GARCÍA GONZÁLEZ, J. «Protección penal de la intimidad: el art. 197.1.º del Código Penal», en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 127.

captación o visualización privada. De manera que, al divulgarse el video o la imagen sexual de la víctima, sin su consentimiento, se vio vulnerado su derecho a la propia imagen⁵⁸, el cual es necesario proteger «con el fin de preservar su esfera personal y con el ello el valor fundamental de la dignidad humana»⁵⁹.

Los anteriores argumentos los hemos desarrollado partiendo de la interpretación civil del derecho a la imagen y la intimidad, por considerar que son necesarios para conocer el bien jurídico de la intimidad e imagen, en el delito de descubrimiento de secretos. En nuestro concepto, sólo así se cumple el *postulado de coherencia*, *supra* referido, que busca dar contenido a la norma penal. El aceptar la autonomía de una área de conocimiento, no debe desconocer que a la hora de interpretar la norma penal, debemos valorar de forma coherente términos e instituciones del derecho en general, para dar una adecuada configuración conceptual en pro de la unificación del valor institucional de conceptos que eviten *dudas y vacilaciones* que impidan «alcanzar de un modo exacto el sentido de la norma»⁶⁰. Así lo señaló SILVA MELERO hace unas siete décadas y así lo reivindicamos ahora, en nuestra idea de un *dogma fluido* como objeto de la Ciencia Jurídico Penal.

⁵⁸ En sentido contrario, DE LAS HERAS VIVES no considera la afección a la intimidad: «Actualmente conforme el artículo 197.7 CP, será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona, sin embargo, estamos ante un delito en que el derecho a la propia imagen no es el bien jurídico, sino que se está protegiendo la intimidad a través de la imagen como objeto material». DE LAS HERAS VIVES, L. «El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, n.º 8, 2018, p. 452 (Consulta 14 de noviembre de 2019). Disponible en <<http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/991.DelasHeras.pdf>>.

⁵⁹ MÉNDEZ TOJO, R. «La protección jurisdiccional civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad y a la propia imagen en internet y redes sociales», *Actualidad Civil*, n.º 10, 2017, p. 9.

⁶⁰ SILVA MELERO, V. *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho Penal*, óp. cit., p. 159.

Los objetivos del reconocimiento mutuo de las medidas alternativas a la prisión provisional en casos de violencia de género

Patricia Faraldo Cabana

Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña
Adjunct Professor, Queensland University of Technology,
Australia



I. INTRODUCCIÓN*

ESTE TRABAJO PRETENDE EXPONER los objetivos del reconocimiento mutuo de las medidas alternativas a la prisión provisional en casos de violencia de género, teniendo en cuenta la importancia de la tutela de los derechos de la víctima de violencia de género en los casos en que el presunto agresor (en adelante, el investigado o encausado), un extranjero o español no residente en España, sometido a una medida cautelar personal, solicita o consiente su reconocimiento mutuo para proceder al cumplimiento en el Estado miembro de su residencia o cualquier otro que designe (y que le acepte). Para conseguir el traslado es aplicable la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de la Action Grant Trust and Social Rehabilitation in Action – Trust and Action – Grant Agreement 800429, financiada por el Programa Justicia de la UE 2014-2020 – www.eurehabilitation.unito.it. El contenido recoge las opiniones de los miembros del consorcio de investigación y es de la exclusiva responsabilidad de su autora. La Comisión Europea no acepta responsabilidad alguna por el uso que se pueda hacer de la información que contiene.

sustitución de la prisión provisional (en adelante la Decisión Marco), cuya transposición al Ordenamiento jurídico español ha tenido lugar mediante la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en adelante, la Ley 23/2014). El Título V de esta Ley se dedica al reconocimiento mutuo de la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional, para permitir que un Estado distinto al que impuso la medida de vigilancia pueda supervisar su cumplimiento cuando así le sea solicitado y siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos¹. Se

¹ Sobre esta regulación, vid., entre otros, ARANGÜENA FANEGO, C., «De la orden europea de vigilancia, al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo», en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, 2010, pp. 223-266; de la misma autora, «La protección transnacional de la víctima por medio de la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea», en CABRERA MERCADO, R. (Coord.). *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de la violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011, pp. 79-91; de la misma autora, «Eficacia transnacional de las medidas de protección y de vigilancia», en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.). *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 327-351; de la misma autora, «Reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional: análisis normativo», en ARANGÜENA FANEGO, C./ DE HOYOS SANCHO, M./ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (Dir.). *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: análisis teórico-práctico de la Ley 23-2014, de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015, pp. 207-248; CAMPANER MUÑOZ, J., «La orden europea de vigilancia: statu quo y perspectivas de futuro. Hacia una necesaria armonización de las medidas cautelares penales en la Unión Europea», *Revista de Derecho y Proceso Penal* núm. 30, 2013, pp. 161-187; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., «Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo», en GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P. (Coords.). *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca, Liber Amicorum*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1225-1244; LEGANÉS GÓMEZ, S., «Orden europea relativa a medidas de sustitución de prisión provisional y libertad vigilada del agresor», *Diario La Ley* núm. 8703, 2016; PANDO ECHEVARRÍA, I., «Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional», en ARANGÜENA FANEGO, C./ DE HOYOS SANCHO, M./ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (Dir.). *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: análisis teórico-práctico de la Ley 23-2014, de noviembre*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015, pp. 249-270; PÉREZ MARTÍN, M. A., «Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial europeo: las medidas alternativas a la prisión provisional y el embargo preventivo previo

introduce así en el Ordenamiento jurídico español la llamada orden europea de vigilancia (*European supervision order*). Tras esta introducción, el apartado segundo expone brevemente cuáles son las medidas cautelares personales no privativas de libertad que se pueden adoptar en casos de violencia de género, según se conceda o no una orden de protección. El apartado tercero analiza cuáles son los objetivos del reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia sustitutivas de la prisión provisional, entre los que se encuentra, como veremos, la protección de la víctima. El último apartado termina con unas conclusiones.

Se parte, por tanto, de que la orden europea de vigilancia puede emitirse en procedimientos por delitos relacionados con la violencia de género. De hecho, el que no se establezca un umbral mínimo de gravedad de las infracciones penales a las que puede ser aplicada facilita su uso en estos delitos², como también lo hace el que todas las medidas cautelares de naturaleza penal que se pueden adoptar en caso de delito relacionado con la violencia de género se encuentren recogidas en la lista de medidas susceptibles de transmisión. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en estos delitos, la posibilidad de que se celebren juicios rápidos, por cumplirse las condiciones que establece el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), hace innecesario en estos casos el recurso a la ejecución transnacional de las medidas cautelares, dada la rapidez de la celebración del juicio oral³.

al decomiso de los efectos procedentes del delito», en MARTÍN OSTOS, J. (Coord.). *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, 2013, pp. 373-386; RECIO JUÁREZ, M., «Nuevos instrumentos para el cumplimiento transnacional de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional en la Unión Europea», *Direito e Inovação* Vol. 2(2), 2014, pp. 198-213.

² El considerando 13.º de la Decisión Marco indica que «las medidas de vigilancia se aplicarán, por regla general, a los casos de delitos menos graves». En los delitos leves no cabe, en principio, adoptar medidas cautelares personales que supongan la privación de libertad, mientras que en los delitos graves hay más probabilidad de que esté indicada la prisión provisional.

³ Rapidez que no impide que se adopten medidas cautelares, pero sí que estas se sometan al procedimiento de reconocimiento mutuo, dado los plazos que se manejan. Vid. al respecto, ampliamente, GRANDE SEARA, P., «El proceso penal por delitos de violencia de género», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.). *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho penal y procesal penal*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 265-293. Sobre su adecuación, vid. DEL POZO PÉREZ, M., «Ventajas e inconvenientes de los juicios rápidos para la lucha contra la violencia de género», en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos*

Con todo, no siempre se puede seguir el cauce de los juicios rápidos, por lo que en un número considerable de casos el procedimiento que se sigue es el abreviado.

Ciertamente, también es de sumo interés el caso de que sea la víctima quien antes de la celebración del juicio se traslade a otro Estado miembro de la Unión Europea, sea temporalmente o bien para residir allí. Aquí interviene otro instrumento de reconocimiento mutuo, la orden europea de protección (*European protection order*, regulada en la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, traspuesta al Ordenamiento jurídico español por la Ley 23/2014), que puede coincidir en el tiempo con la orden europea de vigilancia o no, dependiendo de que también se mueva el agresor o no lo haga. En este trabajo, sin embargo, por razones de espacio no analizaremos los problemas que causa la coincidencia de ambos instrumentos en orden a la protección de la víctima. Baste indicar al respecto que la regulación existente atiende de manera notoriamente insuficiente a la protección de la víctima.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Las medidas alternativas a la prisión provisional previstas en casos de violencia de género tienen en cuenta el peligro que puede suponer el investigado o encausado para la seguridad de la víctima. Por ello, a las habituales medidas cautelares personales no privativas de libertad (libertad con o sin fianza, libertad con obligación de comparecencia periódica ante el juez o tribunal que conozca de la causa, retención del pasaporte y prohibición de conducir vehículos a motor)⁴, se une,

procesales, civiles, penales y laborales, Lex Nova, 2009, pp. 617-667. A las ventajas que menciona la autora (mayor rapidez, mayor sensación de seguridad ciudadana, incremento de denuncias, aumento de confianza en la justicia y mayor facilidad de protección de la víctima) habría que añadir que, al reducir la duración de la fase de investigación a la mínima expresión, también se reduce la duración de las medidas cautelares sobre el investigado o encausado.

⁴ Criticadas desde hace años por no ofrecer un abanico suficientemente amplio de alternativas a la prisión provisional, pese a la enfática declaración de que la privación de libertad solo puede acordarse cuando resulte «objetivamente necesaria», y «cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional», contenida en el artículo 502.2 LECrim. Vid. ya BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas*

desde 1999⁵, la posibilidad de adoptar cautelarmente prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación para proteger a la víctima, y desde 2003⁶ la de adoptar la orden de protección, que contiene medi-

alternativas, Bosch, 1988, pp. 112 y 175. Algunos autores incluyen entre las medidas alternativas a la prisión provisional la expulsión judicial de los extranjeros en situación irregular o con autorización de residencia temporal inculcados o procesados, prevista en los artículos 57.5 a 11 y 58 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Cfr. NIETO MARTÍN, A./ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M./ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Alternativas a la prisión: una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española», *Revista General de Derecho Penal* 28, 2017, p. 11. Sin embargo, no tiene tal naturaleza.

⁵ Antes de esa fecha era posible adoptar medidas cautelares personales no privativas de libertad sobre la base de lo dispuesto en el artículo 13 LECrim, el cual consideraba «como primeras diligencias: Las de dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, y detener en su caso a los reos presuntos». Sin embargo, no se hacía uso habitual de esa posibilidad de proteger a la víctima, en parte por la falta de precisión de que adolecía ese precepto. En la doctrina se hablaba de que constituía un claro ejemplo de potestades judiciales «inexploradas». En este sentido, por ejemplo, SAINZ DE ROBLES Y RODRÍGUEZ, F. C., «La reforma del proceso penal (algunas observaciones)», *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. VII, 1983-1984, p. 192.

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de malos tratos, aprobada en medio de una campaña institucional y mediática contra la violencia en la pareja, dio lugar a la introducción de un nuevo artículo 544 bis LECrim y a la reforma del artículo 13 LECrim, con el objetivo de permitir la adopción de las prohibiciones de aproximación, comunicación y residencia como medidas cautelares personales desde las primeras diligencias. Sobre esta reforma, vid. ARANGÜENA FANEGO, C., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos: especial referencia a las nuevas medidas cautelares del artículo 544 bis», *Actualidad Penal* 2000, margs. 237-264; TIRADO ESTRADA, J., «Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *La Ley* 1999-5, pp. 1832-1842.

⁶ La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de violencia de género, con el objetivo de que, a través de un procedimiento judicial rápido y sencillo, sustanciado ante el juzgado de instrucción, se emita una resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia. Con este fin se incorpora un nuevo artículo 544 ter LECrim y se retoca de nuevo el artículo 13 LECrim. Sobre ella, vid. en su día DELGADO MARTÍN, J., «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* núm. 2, 2004, pp. 39-59; MAGRO SERVET, V., «La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley: Revista jurídica*

das penales, civiles, asistenciales y de protección social. Estas medidas fueron retocadas en 2004⁷, cuando, entre otras novedades, se añadió la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas. El resultado es un amplio elenco de medidas cautelares⁸ no privativas de libertad, directamente orientadas a la protección de la víctima de violencia de género⁹. Ahora bien, hay que tener en cuenta que ni todas las víctimas de violencia de género solicitan orden de protección, ni todas las que la solicitan la consiguen. Aun teniendo en cuenta este dato, podemos concluir este apartado resaltando que las medidas cautelares personales no privativas de libertad que se pueden adoptar en España en el marco de un procedimiento por delitos relacionados con la violencia de género

española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía núm. 3, 2003, pp. 1853-1863; DE HOYOS SANCHO, M., «La orden de protección a las víctimas de la violencia de género», en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, pp. 521-564.

Este mismo año, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modifica los artículos 544 *bis* y *ter* LECrim para solucionar las dificultades observadas en su aplicación.

⁷ Por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Vid. entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre», en BOIX REIG, F. J./ MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dirs.). *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, 2005, pp. 319-398.

⁸ En la doctrina se ha cuestionado la naturaleza cautelar de las medidas adoptadas con el fin de evitar la reiteración delictiva, en general, y en particular la de las medidas de protección adoptadas en relación con la violencia de género, sobre la base de que predomina su carácter preventivo de futuros ataques frente al aseguramiento de la efectividad de la eventual sentencia de condena. Cfr. MORENO CATENA, V., «La fundamentación de las medidas cautelares y de las medidas de protección en el proceso penal», en GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P. (Coords.). *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca, Liber Amicorum*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1088-1112, en particular 1108-1109. Sin embargo, la protección de la víctima es también uno de los objetivos de la tutela cautelar. Vid. los términos de la discusión en ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «Notas sobre las líneas de reforma de las medidas cautelares personales y de evitación de delitos en el proceso penal», *Justicia: revista de derecho procesal* núm. 1, 2015, pp. 143-196; ARANGÜENA FANEGO, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, pp. 516 ss.; BARONA VILAR, S., «¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?», *Revista del Poder Judicial* núm. especial XIX, 2006, pp. 259-260.

⁹ Ampliamente, FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., «Protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.). *Violencia contra la mujer. Manual de Derecho penal y procesal penal*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 295-316.

tienen muy en cuenta la protección de la víctima. ¿Ocurre lo mismo cuando se propone su reconocimiento mutuo?

III. LOS OBJETIVOS DEL RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES SOBRE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL

1. *Garantizar la acción de la justicia*

El objetivo del reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional inicialmente fijado fue «[g]arantizar la cooperación en el supuesto de que una persona esté sometida a obligaciones o medidas de vigilancia en el marco de un control judicial antes de que se juzgue al interesado»¹⁰. Para conseguirlo, se propusieron una serie de medidas: por un lado, la «[r]ealización de un inventario de medidas que puedan verse afectadas, de formas de control que permitan asegurarse de que cumplen las medidas aquellas personas a las que están destinadas, y de sanciones aplicables en caso de incumplimiento», y, por otro, «[a] la vista de dicho inventario, considerar la adopción de un instrumento que permita el reconocimiento y la ejecución inmediata de las medidas de control, de vigilancia o de seguridad dictadas por una autoridad judicial con anterioridad a la sentencia sobre el fondo. Este instrumento debería aplicarse a todas las personas que siendo objeto de procedimientos en un Estado miembro pudieran encontrarse en otro y debería prever el procedimiento de control del cumplimiento de las medidas y la sanción en caso de incumplimiento de las mismas».

De acuerdo con lo señalado, el primer objetivo de la Decisión Marco es «garantizar la debida acción de la justicia y, en particular, que la persona afectada esté disponible para comparecer en juicio» (artículo 2.1 a). De esta forma se pretende reforzar «el campo de la protección y la seguridad dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al disponer de nuevos medios tendentes a hacer efectiva la debida acción de la justicia asegurando que los investigados o encausados en un proceso penal estén disponibles para comparecer en juicio, y posibilitando, en su caso, la eventual movilidad del sujeto por el territorio europeo hasta la fecha de aquél con la oportuna y debida vigilancia por parte del sistema judicial europeo»¹¹. El regreso del investigado o encausado al Estado de emisión y enjuiciamiento

¹⁰ Cfr. Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, apartado 2.2.2, medidas de control no privativas de libertad.

¹¹ ARANGÜENA FANEGO, C., «Eficacia transnacional», cit., p. 350.

está garantizado por la posibilidad de recurrir a la orden europea de detención y entrega (euroorden), en caso de que no regrese voluntariamente.

2. *Promover el uso de medidas alternativas a la prisión provisional*

El segundo objetivo es «promover, en su caso, el empleo, en el curso de las actuaciones penales, de medidas no privativas de libertad para las personas que no sean residentes en el Estado miembro en el que estén teniendo lugar las actuaciones judiciales» (artículo 2.1 b). Se entiende que, como consecuencia de ello, se fortalecerá el derecho a la libertad y la presunción de inocencia en la Unión Europea, al promoverse así el recurso a medidas no privativas de la libertad como sustitución de la prisión provisional, incluso cuando, con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate, no se pueda imponer ab initio dicho tipo de prisión (considerando 4.^o). Sin embargo, «por lo que se refiere a la privación de libertad de las personas sometidas a actuaciones penales, existe el riesgo de que se dé un trato diferente a las que son residentes en el Estado del juicio y a los que no lo son: un no residente se arriesga a ser sometido a prisión provisional mientras que, en circunstancias similares, un residente no lo sería. En un espacio europeo común de justicia sin fronteras interiores, es necesario garantizar que la persona sometida a actuaciones penales no residente en el Estado del juicio no reciba un trato diferente del de la persona sometida a actuaciones penales que si fuera residente» (considerando 5.^o). En efecto, en caso de tratarse de sospechosos no residentes, el riesgo de fuga por falta de arraigo se alega de forma rutinaria para justificar la adopción de la prisión provisional, incluso en circunstancias en las que serían más adecuadas medidas cautelares no privativas de libertad¹². La consecuencia es que se ordena la prisión provisional en muchos casos en los que, tratándose de un residente, se consideraría suficiente la adopción de medidas cautelares personales no privativas de libertad¹³. Esta situación discriminatoria

¹² Así se ha venido denunciando en la doctrina española desde hace años. Vid. por todos GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 156-157; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., «Medidas de vigilancia alternativas», cit., p. 1208; RECIO JUÁREZ, M., «Nuevos instrumentos», cit., pp. 200-202; MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E./ RAVAGNANI, L., «La población penitenciaria en España e Italia. Estudio comparativo de la situación de la población carcelaria extranjera en ambos países», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18-09, 2016, pp. 23-24; GARCÍA ESPAÑA, E., «Extranjeros sospechosos, condenados y ex condenados: Un mosaico de exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-15, 2017, p. 19.

¹³ Ya lo reconocía la Exposición de Motivos de la propuesta original de Decisión Marco (COM (2006) 468 final), al apuntar que «[a]ctualmente, sin embargo, los

compromete la consecución del espacio común de libertad, seguridad y justicia¹⁴.

3. *Mejorar la protección de las víctimas y del público en general*

El tercer objetivo es «mejorar la protección de las víctimas y del público en general» (artículo 2.1 c). Se corresponde con uno de los siete parámetros identificados en el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal para determinar la efectividad del reconocimiento mutuo¹⁵, donde se alude a los «mecanismos de protección de los derechos de terceros, de las víctimas y de las personas sospechosas». El motivo de esta mención es fácil de entender. Cuando se aplica la prisión provisional el sospechoso no supone una amenaza para la víctima o terceros, mientras que si está en libertad

ciudadanos de la UE que no residen en el territorio del Estado miembro donde son sospechosos de haber cometido un delito se encuentran a veces –principalmente debido a la falta de vínculos comunitarios y al riesgo de fuga– en detención provisional o quizá sujetos a una medida de vigilancia no privativa de libertad de larga duración en un entorno extraño para ellos. El sospechoso de haber cometido un delito en un país en el que reside se beneficiaría, en una situación similar, de una medida de vigilancia menos coercitiva, como la obligación de presentarse periódicamente ante la policía o la prohibición de viajar».

También la doctrina internacional ha señalado el problema. Vid., entre otros, LJUNQUIST, T., «Mutual Recognition of Non-Custodial Pre-Trial Supervision Measures in the European Union», *Revue internationale de droit pénal* Vol. 77, 2006, pp. 172-173; BANACH-GUTIERREZ, J. B., «Globalised Criminal Justice in the European Union Context – How Theory Meets Practice», *New Journal of European Criminal Law* Vol. 4(1-2), 2013, p. 165; T. Rafaraci. «The application of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention», en RUGGERI, S., (ed.). *Liberty and Security in Europe*, Universitätsverlag, 2013, p. 68; JURKA, R./ ŽENTELYTĖ, I., «European Supervision Order – Is it the Ballast for Law Enforcement or the Way Out of the Deadlock», *Journal of Eastern-European Criminal Law* 2017, pp. 33-34; MANCANO, L., «Mutual recognition in criminal matters, deprivation of liberty and the principle of proportionality», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 25(6), 2018, p. 729.

¹⁴ Así se pone de manifiesto en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión – Anexo a la propuesta de Decisión marco del Consejo sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre Estados miembros de la Unión Europea (COM(2006) 468 final) – Resumen de la evaluación de impacto (SEC/2006/1080 final).

¹⁵ Programa, Introducción. Sin embargo, este objetivo no aparece ni el Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención, de 14 de junio de 2011 (COM(2011) 327 final), ni en la propuesta original de Decisión Marco.

puede suponerla. Se atiende a la protección pública en general al permitir que una persona que resida en un Estado miembro, pero que esté sometida a actuaciones penales en un segundo Estado miembro, sea vigilada por las autoridades del Estado en que resida en espera de que se celebre el juicio, pues de esta manera la medida hará más efectivo el derecho de los ciudadanos respetuosos de la ley a vivir en condiciones de seguridad y protección (considerando 3.^o). Al establecerse mecanismos de vigilancia y control de las alternativas a la prisión provisional se previene la reincidencia, lo que supone la protección pública en general. Nada se dice en la Decisión Marco acerca de cómo se protegen los derechos de las víctimas. Este silencio se ha trasladado a la Ley 23/2014, que se limita a indicar al respecto que «[c]on la transmisión de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional debe garantizarse la debida acción de la justicia y, de modo especial, la comparecencia en juicio de la persona de que se trate. Asimismo, debe mejorar la protección de las víctimas, la seguridad ciudadana y promover la adopción de resoluciones de libertad provisional en relación con imputados que no sean residentes en el Estado miembro donde se sigue el proceso penal en su contra» (artículo 109.2 de la Ley 23/2014). Pese a esa falta de desarrollo, tanto la normativa europea como la española reconocen derechos a la víctima durante la fase de investigación, entre los cuales es de gran importancia el derecho a la información, directamente relacionado con el derecho a la protección¹⁶. Sin embargo, tanto la normativa europea como la española puntualizan que el derecho de información de la víctima debe ceder ante otros intereses que se valoran como más importantes. La Directiva señala que «[l]as víctimas recibirán, si lo solicitan, la información contemplada en el apartado 5, al menos en los casos en que exista peligro o un riesgo concreto de daño para las víctimas, *y a no ser que exista un riesgo concreto de daño para el infractor que pudiera resultar de la notificación*» (artículo 6.6). En el mismo sentido, la Ley 4/2015 apunta que a la víctima «se le facilitará, cuando lo solicite, información relativa a la situación en que se encuentra el procedimiento, *salvo que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa*» (artículo 7.4). En resumen, posposición del derecho de información de la víctima cuando estén en peligro bienes jurídicos del encausado o el interés general.

¹⁶ Vid. sobre ellos, FARALDO CABANA, P., «Orden europea de vigilancia y derecho de información de la víctima», en el Libro Homenaje a M. Corcoy Bidasolo, en prensa.

IV. CONCLUSIONES

Se ha dicho que la Decisión Marco «constituye un ejemplo paradigmático de que libertad y seguridad pueden resultar armoniosamente cuidados en un mismo instrumento, pues logra a un mismo tiempo reforzar el estatus de imputado y dispensar una adecuada protección a la sociedad con especial consideración, naturalmente, de la víctima del hecho punible»¹⁷. Si la primera parte de esta observación es plenamente compatible, la segunda suscita algunas objeciones, a la luz de lo que se ha expuesto. Ciertamente, se ha reforzado el estatus del investigado o encausado y su derecho a la presunción de inocencia y a la libertad, al permitirle eludir la medida cautelar de prisión provisional, y cualquier otra que exija su presencia en el Estado de enjuiciamiento, y regresar a su país de residencia hasta la celebración del juicio, salvo que su presencia se necesite antes de esa fecha para realizar cualquier otra actuación. Se mejora la protección de la ciudadanía al ampliar las posibilidades de la tutela cautelar más allá de la prisión provisional y la libertad provisional sin sometimiento a medida alguna de vigilancia. El problema es que no se han tenido en cuenta suficientemente los derechos de la víctima, muy en particular su derecho a la información, fundamental para poder disfrutar del derecho a la protección. Esta situación es particularmente grave en los delitos relacionados con la violencia de género, dada la finalidad protectora de la víctima de las medidas cautelares que cabe adoptar. Sobre la base de que la finalidad de este instrumento europeo es, también, la protección de las víctimas, esta falta de previsión puede y debe ser corregida en la aplicación práctica, como se propone, con ocasión de determinados trámites, en la doctrina¹⁸ y en la Guía del Consejo. Sin embargo, ello no es óbice para proponer que se modifique la Ley 23/2014 para que la información y la participación de la víctima en decisiones que la conciernen directamente sean realmente un derecho y no la concesión graciosa de una judicatura más o menos concienciada. La mejor protección de los derechos de la víctima redundaría en una mayor aplicación de las alternativas a la prisión provisional en unos delitos en los que la regulación actual de las medidas cautelares favorece la prisión provisional frente a otras medidas no privativas de libertad¹⁹. Es

¹⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., «La protección transnacional», cit., p. 80.

¹⁸ Por ejemplo, PANDO ECHEVARRÍA, I., «Cuestiones prácticas», cit., p. 261, en relación con la audiencia de las partes antes de la retirada de la resolución sobre medidas alternativas, prevista en el artículo 117 de la Ley 23/2014.

¹⁹ El artículo 503.3.º c) LECrim señala que cuando la prisión provisional tiene por finalidad evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el

necesario, también en este ámbito de la delincuencia, fomentar el uso de medidas alternativas a la prisión provisional, garantizando así su carácter excepcional y la proporcionalidad de la medida, sobre todo cuando las penas previstas son cortas.

artículo 173.2 del Código Penal, no será aplicable el límite ordinario de pena establecido en el artículo 503.1.1.º LECrim, según el cual la prisión procede solo por delitos que lleven aparejada una pena igual o superior a dos años de prisión.

Un nuevo puente entre Europa y América Latina: Responsabilidad de las personas jurídicas y *compliance*

Luigi Foffani
Universidad de Módena y Reggio Emilia



I. INTRODUCCIÓN

SI HAY UNA CONSTANTE EN LA OBRA CIENTÍFICA y profesional de nuestro querido homenajeado *Ignacio Berdugo* –tanto en su trayectoria como Rector de una de las Universidades más antiguas del mundo, que ha recientemente celebrado su 800 aniversario, cuanto en su posterior actividad que lo ha llevado a viajar con una intensidad impresionante y admirable entre las dos orillas del Océano Atlántico– es la construcción de puentes culturales, científicos, académicos e institucionales entre Europa (y en especial la Europa latina del sur del Mediterráneo) y América Latina, que ya podemos definir como su segunda patria extraeuropea.

Por esta razón creo que pocos temas puedan ser tan adecuados para celebrar esta dimensión transoceánica de la obra y de la vida de *Ignacio Berdugo* como la cuestión de la génesis y difusión en el último cuarto de siglo de una nueva forma de responsabilidad «*ex crimine*» de las personas jurídicas, fundada en la llamada «cultura del *compliance*».

Hago referencia con este concepto en aquel modelo de responsabilidad de las personas jurídicas que –con independencia de lo que históricamente se ha realizado con mucha más antelación en el mundo jurídico anglosajón de la *common law*– se ha forjado en Europa y en otras regiones del mundo (en primer lugar, el subcontinente latinoamericano) a través de las múltiples iniciativas político-criminal promovidas por la Unión Europea, el Consejo de Europa, la OCDE y la misma ONU; iniciativas

político-criminales que –siguiendo un «*leit-motiv*» que ha devenido sistemático a partir de la segunda mitad de los años noventa del siglo XX– han pedido a los Estados nacionales de responsabilizar las personas jurídicas (en primer lugar empresas y sociedades mercantiles) en relación a un abanico cada día mas amplio de fenómenos criminales (a partir de la corrupción internacional).

II. EL MODELO EUROPEO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Si hay una fecha que marca el principio de este camino, esta es el 19 de junio de 1997: con la adopción del II Protocolo del Convenio para la protección de los intereses financieros europeo¹, la Unión Europea se compromete por primera vez a pedir a los Estados miembros de hacer las personas jurídicas responsables de hechos criminales (básicamente corrupciones y fraudes de subvenciones) realizados en sus beneficios por parte de personas físicas que actúen el marco de la organización de la persona jurídica. Esta primera iniciativa europea ha tenido tanta más fuerza en cuanto flanqueada desde el principio por una serie de iniciativas paralelas de otras agencias internacionales –desde el Consejo de Europa a la OCDE hasta las Naciones Unidas (en especial con las numerosas iniciativas anticorrupción promocionadas en torno al cambio de siglo)²– y seguidas por una autentica oleada de iniciativas político-criminales por parte de la Unión Europea en los últimos 25 años.

Se ha tratado de iniciativas que han tenido orígenes y objetivos absolutamente heterogéneos, pero todas unidas por una idéntica petición a los Estados miembros de responsabilizar las personas jurídicas con relación a los distintos fenómenos criminales cada vez tomados en consideración: desde la lucha al terrorismo hasta la lucha contra la criminalidad organizada, desde la corrupción publica o privada hasta la trata de seres humanos, desde el turismo sexual hasta las mutilaciones genitales femeninas, desde los abusos de mercados hasta los delitos contra el medio ambiente, todas las iniciativas político-criminales adoptadas por la Unión Europea a lo largo de los años han sido caracterizadas por este «filo rojo» representado por la responsabilidad de las personas jurídicas, que se ha elevado

¹ Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, Acto del Consejo de 19 de junio de 1997, DOCE, 19.7.97, N.º C 221/11 y ss.

² Véase por todos el Convenio ONU de Mérida de 2003 para la lucha contra la corrupción.

a instrumento característico, irrenunciable y fundamental de la política criminal europea.

¿Es posible entonces hablar de un modelo europeo (en el sentido de modelo de la Unión Europea) para la responsabilidad de las personas jurídicas? En mi opinión sí, aunque se trate de un modelo extremadamente esencial y conscientemente privo de algunos atributos fundamentales de orientación de la política criminal, empezando por la «*vexata quaestio*» de la naturaleza de la responsabilidad³.

Bien sabiendo de la extrema variedad de orientaciones y tradiciones culturales y constitucionales presentes en referencia a este problema en el continente europeo, el legislador europeo (si así podemos y queremos definirlo) conscientemente se abstiene de impartir unas líneas guías sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas jurídicas que se requiere a los Estados miembros de introducir. Mientras que para las personas físicas responsables de los hechos criminales que se pide a los Estados miembros de combatir, siempre se pretende responsabilidad y sanciones «penales» en el sentido estricto de la palabra, para las personas jurídicas la prescripción europea es mucho más flexible: se pide una «responsabilidad» sin adjetivos (Art. 3 del Segundo Protocolo de 1997) y sanciones y medidas que sean «*efectivas, proporcionadas y disuasorias*» (Art. 4).

Por lo demás las líneas guías del modelo europeo son muy sintéticas y esenciales:

- a) Se pide en primer lugar a los Estados miembros de adoptar todas «las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas [«con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas»: Art. 1 lett. d] puedan ser consideradas responsables» por determinados delitos (en el caso del Segundo Protocolo del Convenio PIF se trataba exclusivamente del «fraude», de la «corrupción activa» y del «blanqueo de capitales») (Art. 3 par. 1);
- b) Ni la responsabilidad ni las sanciones a las personas jurídicas encuentran una definición de su naturaleza jurídica: se remite a los

³ Parcialmente diferente fue el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas propuesto en los mismos tiempos por el Proyecto del Corpus Juris (Art. 13) y por el Libro verde para la protección de los intereses financieros comunitarios y para la creación de una Fiscalía europea (Bruxelles, 11.12.2001), donde se hablaba de una «*criminal liability of organisations*». Cfr. M. DELMAS-MARTY/J. VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, Antwerpen, Intersentia, 2001.

Estados miembros la opción entre sanciones penales, administrativas o eventuales sanciones de otro tipo;

- c) La responsabilidad de las personas jurídicas presupone en este modelo solo que los delitos hayan sido «cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual, o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica» (basado en un poder de representación, de asunción de decisiones o de ejercicio de control en el marco de la persona jurídica), o también por parte de un simple subordinado, cuando la comisión del delito haya sido posible por una «falta de vigilancia o control» por parte de las personas físicas investidas de cargos directivos (Art. 3 par. 1 y 2);
- d) No obstante su indefinida naturaleza jurídica las sanciones a las personas jurídicas son bien descritas en su identidad específica: en primer lugar «multas de carácter penal o administrativo», pero también «otras sanciones», tales como la «exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas», la «prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales», la «vigilancia judicial» y «medida judicial de disolución», además del embargo y la confiscación de los medios y productos del delito (Art. 4 y 5);
- e) Y finalmente «la responsabilidad de las personas jurídicas [...] se entenderá sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas» responsables de los delitos cometidos (Art. 3 par. 3)⁴.

Como se puede ver se trata de un modelo especialmente «ligero» y flexible, que puede ser orientado en diferentes direcciones y que deja un amplísimo margen de maniobra a los Estados miembros de la UE. El único criterio general de imputación es la actuación «en provecho» de la persona jurídica, mientras que la «falta de vigilancia o control» releva solo cuando la persona física responsable del delito sea un subordinado en el marco de la estructura organizativa de la persona jurídica.

Este modelo se ha rápidamente afirmado y consolidado: y desde el principio ha sido replicado en términos casi literalmente idénticos en una serie cada día mas intensa de iniciativas político-criminales en los sectores más disparados y con los objetivos más heterogéneos (en una primera fase convenios y acciones comunes, después del Tratado de Ámsterdam decisiones marco y después del Tratado de Lisboa directivas).

⁴ Todos los artículos citados se refieren al Segundo Protocolo del Convenio PIF de 1997 (*supra*, nota 1).

La responsabilidad de las personas jurídicas es el auténtico (y único) «*Leitmotiv*» de la política criminal europea y representa en el mismo tiempo el éxito más significativo de esta política criminal, si solo se piensa en la rápida y sorprendente difusión de nuevas e inéditas formas de responsabilidad de las personas jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea.

Desde 1997 hasta hoy este modelo de responsabilidad de las personas jurídicas se ha mantenido prácticamente idéntico en su expresión literal, como una fórmula estándar. Si comparamos por ejemplo la formulación del Segundo Protocolo del Convenio PIF de 1997 (Art. 3 y 4) con la más reciente Directiva –de 20 años posterior– sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión⁵ (Art. 6 y 9), nos damos fácilmente cuenta de como las modificaciones intervenidas hayan sido muy reducidas y de naturaleza casi exclusivamente estilística.

Las sanciones que se trata de aplicar siguen siendo definidas como «*efectivas, proporcionadas y disuasorias*»; y a lado de las «multas de carácter penal o administrativo» comparecen en el abanico de las «otras sanciones» indicadas en vía ejemplificativa también la «exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública» y el «cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción penal» (Art. 9 lett. b y f). La «prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales» se define ahora como «inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales» y la «vigilancia judicial» asume ahora el nuevo nombre de «intervención judicial». En lugar del «embargo» y «confiscación» de los medios y productos del delito se habla ahora de «embargo preventivo y decomiso» (Art. 10).

En síntesis: se trata solo de modificaciones mínimas. La estructura «ligera» del modelo europeo es siempre la misma; y esta estructura ligera, flexible y constante es también verosímelmente el secreto del éxito histórico de este modelo, que ha revelado un alto nivel de compatibilidad con las diferentes culturas jurídicas y orientaciones político-criminales de los Estados miembros.

⁵ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017, *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*, en DOUE, 28.7.2017, L 198/29 y ss.

⁶ Una leve modificación estilística aparece solo en la versión alemana de la directiva, donde ya no se habla de sanciones «adecuadas» («*angemessen*»), sino «proporcionadas» («*verhältnismäßig*»).

III. EL MODELO «LATINO» (ITALIA Y ESPAÑA)

Lo que ha ocurrido a principio del nuevo milenio en Italia (con el Decreto legislativo 231/2001) y en España (con la LO 5/2010 y 1/2015) –lo que podemos definir como la «vía latina» (de los países del cono sur de Mediterráneo) hacia la superación del tradicional dogma del «*societas delinquere non potest*»– representa una fiel implementación y evolución del modelo europeo que hemos descritos en las líneas anteriores; quizás uno de los modelos de implementación mas significativos y expresivos de la letra y del espíritu del modelo europeo.

En primer lugar, porque a principio de este siglo una regulación normativa de la responsabilidad «*ex crimine*» de las personas jurídicas representaba todavía una excepción en el panorama continental europeo de los países de «*civil law*» –si se excluyen los Países Bajos y el Código penal francés de 1994– y porque ambas reformas (la italiana y la española) han sido declaradamente inspiradas e impulsadas por el modelo europeo, del cual desarrollan las líneas guías con un original enriquecimiento en la vertiente de los criterios de imputación.

La matriz europea de ambas reformas es evidente en primer lugar en la selección de las dos categorías de personas físicas (los directivos –o sujetos en posición «apical», según la expresión empleada por el legislador italiano– y los subordinados) cuyas conductas penalmente relevantes pueden provocar una responsabilidad de las personas jurídicas. En segundo lugar el origen europeo de ambas reformas es más que evidente en la selección del abanico de sanciones a las personas jurídicas: prácticamente idénticas en Italia y España y reproductivas de las sanciones previstas en las iniciativas europeas. Y de la misma matriz europea deriva también la opción de los legisladores italiano y español por un sistema de «*numerus clausus*» de delitos que puedan provocar dicha responsabilidad, conformemente a la aproximación «*problem solving*» del legislador europeo.

Nunca la Unión Europea ha pretendido impulsar los legisladores nacionales a adoptar un sistema generalizado de responsabilidad «*ex crimine*» de las personas jurídicas a lado de la tradicional responsabilidad penal de las personas físicas. Mucho más banalmente la UE ha pretendido solucionar determinados problemas de política criminal (impulsar y coordinar la lucha contra determinados fenómenos criminales) a través de nuevas formas de responsabilidad que afecten a las personas jurídicas en el cual marco organizativo y en provecho de las cuales hayan sido cometidos determinados hechos criminales. Y la proliferación de los tipos delictivos que pueden ocasionar una responsabilidad de la persona jurídica –tanto en Italia como en España– no es otro que un fiel reflejo de la creciente

atención de las instituciones europeas frente a nuevos fenómenos criminales que se pide a los Estados miembros de combatir con los recursos sancionatorios nacionales; recursos entre los cuales hoy en día no puede faltar –en la visión propia de la UE (así como de otras agencias supranacionales)– la responsabilidad (con independencia de su naturaleza jurídica) de las personas jurídicas.

La aportación más original del «modelo latino» (italo-español) a la construcción europea de una responsabilidad «*ex crimine*» de las personas jurídicas es sin duda la elaboración de un ulterior criterio de imputación, más allá del simple «beneficio» o «provecho» relacionado con la comisión del delito. Se alude a la normativización de los «modelos de organización y gestión» en función de la prevención de delitos que puedan dar origen a una responsabilidad de la persona jurídica. El origen histórico está en los «*compliance programs*» del derecho norteamericano; pero a diferencia que en los Estados Unidos – donde la adopción de un programa de cumplimiento solo puede comportar una reducción de la sanción a la empresa– en el «sistema latino» del siglo XXI el modelo de organización y gestión –o mejor dicho la falta de una tempestiva adopción de un modelo de organización adecuado a la prevención del delito que se ha concretamente realizado por parte de un directivo o de un empleado de la persona jurídica– es la pieza fundamental del reproche a la persona jurídica: una «*culpabilidad de organización*»⁷, en cuanto la persona jurídica no ha hecho todo lo que era concretamente exigible para prevenir la comisión de delitos en el marco de su actividad.

Si tiene sentido hablar de un nuevo «sistema latino» de responsabilidad de las personas jurídicas es porque el esquema normativo del modelo de organización en Italia (Art. 6 d.lgs. 231/2001) y en España (Art. 31 *bis* CP) es casi literalmente idéntico. La única –aunque llamativa– diferencia está en la repartición de la carga de la prueba de la idoneidad del modelo, cuando el delito haya sido cometido por parte de un alto cargo de la persona jurídica: en este caso el legislador italiano prevé que sea la persona jurídica a ser investida del *onus probandi*, mientras que el legislador español mantiene la aplicabilidad de las reglas procesales generales.

⁷ El concepto de «culpabilidad de organización» es de origen alemana – deriva de la «*Organisationsverschuldung*» acuñada por el máximo maestro del Derecho penal de la economía (K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl., 2011) – pero es hoy en día muy habitual en la doctrina y jurisprudencia italiana y española: cfr. p.ej. en la literatura más reciente C.E. PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enc. Dir. – I Tematici, Il reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano, Giuffrè, 2021.

Donde los sistemas italiano y español en apariencia se separan radicalmente es en la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica⁸: mientras que el legislador italiano de 2001 ha optado «prudentemente» por una responsabilidad formalmente «administrativa»⁹, el legislador español de 2010 y 2015 ha elegido claramente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero se trata de una diferencia mas aparente que real, ya que en la evolución natural del «sistema 231» en los últimos 20 años tanto la jurisprudencia cuanto la doctrina italiana opinan que –más allá de las etiquetas formales– la responsabilidad de las personas jurídicas sea en su sustancia penal o mas bien un «*tertium genus*» (una forma intermedia y autónoma de responsabilidad) entre el penal y el administrativo¹⁰.

En realidad la identidad estructural y funcional del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas en Italia y en España –no obstante la diferencia formal en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad– reafirma con fuerza la tendencia europea hacia la formación de un nuevo Derecho sancionador en el cual se difuminan paulatinamente las tradicionales fronteras entre el penal y el administrativo; una tendencia evidente ya en otros sectores (p.ej. en materia de protección de la competencia y de antitrust) y que en materia de responsabilidad de las personas jurídicas muestra hoy su frente mas avanzado de evolución.

⁸ Otra diferencia que llama la atención entre el sistema italiano y el español es de naturaleza «topográfica»: por un lado la opción española por una regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas dentro del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal; por otro lado el legislador italiano ha optado por una ley especial y autónoma, que representa un «micro-código» de la responsabilidad de las personas jurídicas, en su vertiente sustancial como procesal. Se trata de una diferencia llamativa, que deriva da una tradición muy consolidada en los dos sistemas: una orientación fuertemente «codigocéntrica» en España frente al «policentrismo» característico de la legislación penal económica en Italia: cfr. sobre este aspecto de los dos sistemas L. FOFFANI/M.J. PIFARRÉ DE MONER, *La legislazione penale speciale in Spagna (Codice penale e principio di «universalità»)*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000, p. 189 ss).

⁹ En aquella época (2001) era todavía muy fuerte en Italia la tradición dogmática del «*societas deliquere non potest*» y el miedo de una «crisis de rechazo» de la reforma tanto por parte del mundo empresarial, cuanto por parte del Tribunal constitucional, por violación del principio de la personalidad de la responsabilidad penal (Art. 27.1 Cost. it.) entendido en términos «antropocéntricos».

¹⁰ Véase en este sentido en la jurisprudencia más reciente la clara y bien argumentada toma de posición del Tribunal Supremo italiano (*Corte di Cassazione*) en el asunto Thyssenkrupp: Cass. pen. SU, 24.4.2014 n. 38343, en *Diritto penale contemporaneo*, 19.9.2014, donde también se reconoce la plena conformidad de este sistema de responsabilidad (penal o «para-penal») de las personas jurídicas con los principios constitucionales.

IV. EL MODELO «GERMÁNICO» (AUSTRIA Y ALEMANIA)

Esta imagen de un nuevo Derecho sancionador europeo de las personas jurídicas que funde y confunde las diferencias tradicionales entre el penal y el administrativo encuentra confirmación también en la evolución en curso en estos últimos años en el mundo germánico: en primer lugar en Austria con el «*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*» de 2006, que describe un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas autosuficiente y sin adjetivos (ni penal ni administrativo, por lo meno en apariencia); y sucesivamente en Alemania, con un importante proyecto del año 2020, que tendría que volver en la agenda del legislador en la nueva legislatura recientemente iniciada después de las elecciones de 26 de septiembre de 2021.

Después que Alemania por muchos años ha representado el último bastión de Europa (junto con la Grecia) del principio «*societas delinquere non potest*», ha llegado quizás el tiempo para un histórico y decisivo paso hacia una responsabilidad «*ex crimine*» (penal o para-penal) de las personas jurídicas: «*Unternehmensstrafrecht ante portas?*»¹¹.

Con el proyecto del Gobierno federal para una ley sobre «el refuerzo de la integridad en la economía» („*Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*“) – que en el Art. 1 contiene una «Ley sobre las sanciones contra los delitos relacionados con las personas jurídicas» [„*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG)*“] – tendría que nacer un nuevo autentico «código» (sustancial y procesal) sobre la responsabilidad de las entidades colectivas («*Verbände*»).

El proyecto alemán no prevé ninguna reforma de los códigos penal y procesal penal; mas bien introduce nuevos conceptos y nuevos institutos jurídicos como la «responsabilidad de las personas jurídicas» („*Verbandsverantwortlichkeit*“), el «hecho propio de la persona jurídica» („*Verbandstat*“), las «sanciones a las personas jurídicas» („*Verbands-sanktionen*“), que consisten en la «sancion pecuniaria a la persona jurídica» („*Verbandsgeldsanktion*“) y en la «amonestación con reserva de sanción pecuniaria a la persona jurídica» („*Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt*“), con posible imposición de prescripciones por todo el periodo de prueba.

¹¹ Cfr. G. DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI/P. SEVERINO (eds.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 41.

Sin pretensión de dar cuenta del riquísimo debate alemán sobre esta histórica reforma¹², aparece evidente como también el legislador alemán se haya inspirado al impulso europeo anteriormente descrito, y que siga la línea directriz de buscar una nueva original solución entre los tradicionales clásicos sistemas del Derecho penal y del Derecho sancionador administrativo («*Ordnungswidrigkeitenrecht*»).

La entera arquitectura del proyecto del ley y el mismo léxico jurídico del (pre-)legislador alemán – una ley para «el refuerzo de la integridad en la economía» – aparece muy innovador y muy lejos de la inspiración puramente penalística y represiva de las leyes para la lucha contra la criminalidad económica del siglo xx¹³: la estrategia y la filosofía del actual legislador alemán, orientado por el Derecho europeo, no es ni la pura represión penal ni la simple prevención administrativa; mas bien una nueva forma de control social y de orientación de la economía, con una innovadora instrumentaría jurídica, que punta a la efectiva cooperación y colaboración de los actores económicos: medidas de *compliance*, investigaciones internas, regulación del *whistleblowing*, prescripciones en el caso de amonestación con reserva de sanción pecuniaria a la persona jurídica.

Una línea análoga –como ya se ha dicho– había sido perseguida pocos años antes por parte del legislador austriaco con la «ley sobre la responsabilidad de las personas jurídicas» („*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*“) de 2006¹⁴, en la cual no aparece ninguna clásica definición de la naturaleza jurídica de las sanciones. Esta nueva línea germánica de política del derecho refleja muy coherentemente el «*Zeitgeist*» europeo del nuevo milenio, junto con el «modelo latino» descrito anteriormente. Y se trata de una línea política que contradice la (muy difundida pero falsa) idea de una Europa que pediría siempre y solo más Derecho penal por parte de los

¹² En la página web del Ministerio federal de la justicia y para la protección de los consumidores aparece (22.6.2020) – junto al texto del Proyecto de Ley – una «monumental» serie de informes y tomas de posiciones de diferentes fuentes e instituciones, que dan la idea de la extraordinaria riqueza del debate sobre una reforma tan importante para el ordenamiento jurídico alemán.

¹³ Véase la primera y la segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica (1. und 2. *WiKG*) del 29.7.1976 (BGBl I 1976, 2034) y del 23.5.1986 (BGBl I 1986, 721), que han caracterizado el rostro moderno del Derecho penal de la economía en Alemania.

¹⁴ Cfr. la reseña de derecho comparado del *Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung* sobre la «*Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich)*»: Fournier/Langhorst/van den Bosch/Viennet, Strafbarkeit von Unternehmen, Stand 30.04.2019, *E-Avis ISDC 2019-09*, en www.isdc.ch, p. 71 y ss.

Estados miembros y que podría contribuir efectivamente a la difusión de la cultura de la legalidad en el mundo empresarial, así como la confianza en el Estado de derecho¹⁵.

V. LA INFLUENCIA DEL MODELO EUROPEO EN AMÉRICA LATINA: ¿HACIA UNA GLOBALIZACIÓN DEL *COMPLIANCE* Y DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Esta rápida reseña de derecho comparado no sería completa sin una referencia a las líneas de tendencia emergentes en el subcontinente latinoamericano, que revelan la significativa influencia ejercida en esta última década por parte del modelo europeo, y sobre todo por parte del «modelo latino» (italo-español) anteriormente descrito. Al modelo latino se ha inspirado en primer lugar el Chile, pionero en América Latina en la adopción de una moderna regulación normativa de la responsabilidad «*ex crimine*» de las personas jurídicas¹⁶; y luego en los años siguientes otros países –como Perú¹⁷, Colombia, Ecuador y México– se han puesto en el mismo camino.

El modelo latino –y el modelo europeo que está en su origen– quizás ha sorprendido por su éxito y se ha revelado como un buen producto de exportación, en una perspectiva histórica de superación del tradicional dogma del «*societas delinquere non potest*» y de globalización de la llamada «cultura del *compliance*». Ahora –sobre todo si la misma Alemania cumplirá el paso histórico hacia una nueva ley reguladora de la responsabilidad de las personas jurídicas según el modelo europeo– quizás sería el momento de abrir una nueva fase y de impulsar –a partir de las próximas iniciativas de la Unión Europea– una evolución del modelo inaugurado en el final del siglo pasado y de introducir en las directivas una referencia al criterio de imputación de la «culpabilidad de organización», esbozando un modelo europeo de *compliance* que pueda orientar los legisladores nacionales (europeos y también extraeuropeos) y el mundo empresarial, sobre todo las grandes empresas multinacionales que operan en diferentes

¹⁵ Cfr. en este sentido la exposición de motivos del Proyecto de Ley, en la cual la protección de la lealtad de la competencia aparece como la finalidad principal perseguida por el legislador.

¹⁶ Cfr. H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, en *Política criminal*, 2010, p. 207 y ss.

¹⁷ Cfr. D.C. CARO CORIA, *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los criminal compliance programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica*, en *Gaceta penal & procesal penal*, 123 (2019), p. 117 y ss.

escenarios jurídicos nacionales. Una Europa –y en primer lugar una Europa latina– que podría ser pionera en esta perspectiva de globalización de la cultura del *compliance* y de una equilibrada regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, que valore sobre todo la idea guía del respeto de los derechos humanos en la actividad económica¹⁸.

¹⁸ Cfr. en este sentido L. FOFFANI/A. NIETO MARTÍN, *Auf dem Weg zu einem europäischen Wirtschaftsstrafrecht der Menschenrechte?*, en *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, ed. por M. Engelhart, H. Kudlich y B. Vogel, vol. I, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, p. 411 y ss.

Reflexiones sobre el protagonismo de la víctima como signo privatizador del Derecho penal

Nicolás García Rivas
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha



NOTA PREVIA

IGNACIO BERDUGO, COMPAÑERO DE ESCUELA, fue mi profesor en la Universidad Complutense, tanto en la Licenciatura y como en el Doctorado (guardo perfecta memoria de su magnífica lección sobre el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión como causa de justificación, impartida en una pequeña sala del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense) y, a partir de los años 80, generoso anfitrión de numerosos encuentros en España y América, en especial durante los años en que ejerció como Rector Magnífico de la Universidad de Salamanca. A él y a la amplísima escuela que ha generado allí me une una relación especial de cariño y admiración. Una parte recaló hace tiempo en el Campus de Toledo de la UCLM: Teresa Martín López, José Ramón Serrano-Piedecabras y desde 2001, Eduardo Demetrio, con el que comparto las tareas académicas con una proximidad que nos convierte, a decir bien, en miembros de una misma familia académica.

A Ignacio le debo, entre otras cosas, su generosidad al votar a favor de mi candidatura a la cátedra que todavía ocupo, en la oposición que se celebró en febrero de 1995. También, aunque indirectamente, haber conocido a personas que forman parte de su escuela académica y que han sido muy importantes en mi vida. Y le debo, en fin, el ejemplo de un estilo de ejercicio de la autoridad científica sin alharacas, con la naturalidad y el temple que se le supone a un auténtico maestro. Por todo ello, es un honor para mí participar en este Libro Homenaje.

I. INCREMENTO DE DELITOS PERSEGUIBLES PREVIA DENUNCIA

En las dos primeras décadas del siglo XXI se han incrementado sustancialmente los delitos perseguibles sólo a instancia de parte, es decir aquellos cuya demanda punitiva no procede directamente del cuerpo social sino del sujeto al que el delito afectó, de manera que el Estado se desentiende del problema (se queda al margen) cuando la propia persona no denuncia el hecho. En buena medida ello es aceptable cuando se trata de delitos leves (las antiguas faltas) porque la menor lesividad objetiva del hecho puede contraindicar una intervención desproporcionada del Estado y quizá es mejor dejar al ciudadano la iniciativa de su persecución¹. Pero a partir de esa zona de escasa lesividad objetiva, la *delegación* del Estado en el ciudadano es mucho más discutible.

En el ámbito de los delitos (socio)económicos, cuya creación se reclamó durante mucho tiempo y a día de hoy está repleto de figuras cuya persecución exige una iniciativa *privada*, cuando se sobreentiende que los bienes jurídicos afectados son *socio* económicos, que no significa «Derecho penal de los socios» (permítaseme la broma) sino un atentado contra intereses sociales. Pues bien, en los delitos de infracción del secreto de empresa (art. 278/280), publicidad engañosa (art. 282) o fraude de inversores (art. 282 bis), que afectan potencialmente a multitud de usuarios, queda la intervención penal supeditada a «denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales» (art. 287).

A propósito de esta cláusula, conviene advertir que desde la promulgación del vigente CP hasta la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se exigía la denuncia para todos los delitos socioeconómicos. A partir de ese momento, quedaron fuera precisamente aquellas infracciones que, como los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, pueden tener una orientación marcada hacia la protección de intereses individuales². Posteriormente, la reforma de la LO 5/2010, de 23 de junio, excluyó del ámbito de aplicación de la condición objetiva de perseguibilidad los delitos previstos en los arts. 284 y 285 CP, quizá porque, como sostenían RODRÍGUEZ PUERTA/MORÓN LERMA «se trata de un sector altamente reglado en el que interviene sancionadoramente la CNMV»³, lo cual puede interpre-

¹ Vid. sobre ello, MARCOS FRANCISCO, Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal, en *La Ley Penal*, N.º 116, Sección Derecho Procesal Penal, Septiembre-Octubre 2015.

² MARTÍNEZ-BUJÁN, C, *Derecho penal económico y de la empresa*, 4.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 396.

³ RODRÍGUEZ PUERTA, MJ/MORÓN LERMA, E., *DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES (ARTS. 282 BIS, 284, 287 Y 288)* ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC

tarse también como una barrera para la intervención penal subsiguiente a la inclusión en este territorio de infracciones que no deberían estar en él.

Entrando en mayor detalle analítico, ALONSO RIMO sostiene que desde los ámbitos doctrinal y jurisprudencial se han alegado muy variados argumentos para justificar la vigencia de estas condiciones de perseguibilidad. Se han vinculado, por ejemplo a la eficacia (*ex post*) del consentimiento o al carácter más o menos privado del bien jurídico protegido por el delito, o se les ha atribuido también, entre otras, una función limitadora de la intervención penal, «discriminalizadora» o de descongestión de la Administración de Justicia. Tales fundamentaciones –a mi modo de ver– acababan conectando, de una u otra forma, con una concepción privada del Derecho penal y deben por eso ser descartadas. Queda claro que el perdón del ofendido ya no rige en nuestro sistema, en virtud de lo dispuesto en el art. 130.5 CP⁴. El autor citado considera que en el fondo estamos ante una despenalización encubierta que relega la intervención penal en sectores que ya disponen de mecanismos preventivos en otros sectores del ordenamiento jurídico. Otros consideran que la intervención del Ministerio Fiscal será automática. El no automatismo lleva, en realidad, a una subrepticia aplicación del principio de oportunidad, que permite al Ministerio Fiscal interpretar cuándo están afectados intereses generales⁵.

Y si en los delitos contra bienes jurídicos económicos de la colectividad resulta llamativa la privatización de la persecución penal, más aún en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, que tradicionalmente vivieron al margen de la persecución de oficio. Como ha afirmado recientemente BOIX REIG, con carácter general, con la excepción señalada en el art. 191 CP, se trata de delitos semipúblicos, esto es perseguibles mediante denuncia⁶. Se mantiene en el apartado 2 de dicho precepto la irrelevancia del perdón del ofendido. La evolución habida para dar dicho nulo alcance

(dirs.), Comentarios a la reforma del Código Penal, Tirant lo blanch, Valencia 2010, p. 316.

⁴ ALONSO RIMO, A. *Perseguibilidad a instancia de la víctima*, en BOIX REIG, J. (dir)/ LLORIA GARCÍA, P. (COORD.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2.ª ed. Iustel, Madrid, 2017, p. 798.

⁵ ALONSO RIMO, A. *op. cit.*, p. 804 ss.

⁶ Artículo 191.

1. *Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.*

2. *En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.*

jurídico al perdón, en un primer momento del todo relevante y luego si se producía antes de la sentencia en instancia, es consecuencia tanto del fenómeno de la mercantilización del perdón cuanto, lo más relevante, del efecto paradójico que comportaba, pues en algunos casos se convertía en un instrumento de profundización en la lesión de la libertad del sujeto pasivo. Hay que plantearse que estos delitos sean perseguibles de oficio, y ello por varias razones. En primer lugar, por cuanto la propia gravedad del delito así lo requiere, fundamentalmente en atención a ciertos casos por las características del sujeto activo en orden a su capacidad de reiteración. En segundo lugar, y como consecuencia de ello, por la existencia de intereses jurídicos colectivos a proteger. En tercer lugar, por cuanto la necesidad de tutelar la intimidad y el núcleo de la personalidad del sujeto pasivo puede preservarse con una cuidadosa aplicación de las normas procesales penales. Y en fin porque en determinadas circunstancias la limitación de la perseguibilidad también puede convertirse (como lo era el perdón) en instrumento de coerción al sujeto pasivo⁷. A esa suma de argumentos se une otro derivado de la integración en nuestro ordenamiento jurídico del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (Convenio de Estambul), que entró en vigor en España el 1 de agosto de 2014⁸ y cuyo art. 55.1 establece que «Las Partes velarán por que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y porque el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia». Y el art. 36 obliga a castigar las formas agresivas contra la libertad sexual⁹.

⁷ <https://adefinitivas.com/2018/07/04/delitos-contra-la-libertad-sexual-a-cargo-de-javier-boix-reig/>

⁸ «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014.

⁹ ARTÍCULO 36 Violencia sexual, incluida la violación.

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
- b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

2. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA COMO ELEMENTO VINDICATIVO EN EL PROCESO PENAL

Hace ahora 30 años que HASSEMER denunció la insuficiente apreciación de la víctima en el proceso penal, y sostuvo que no bastaría con el resarcimiento económico y con un cierto protagonismo a través de instituciones como la acusación particular¹⁰. Diez años después sostenía GARCÍA-PABLOS que en el modelo clásico de justicia criminal prevalecen los intereses vindicativos del Estado (pretensión punitiva) sobre las expectativas legítimas de la víctima (reparación del daño) y de la comunidad (resolución de los conflictos, conciliación infractor-víctima y pacificación de las relaciones sociales). Apostaba el catedrático de Madrid por «un nuevo modelo de justicia criminal de faz humana que quiera contar con una percepción social positiva y el apoyo de los ciudadanos» y a tal objeto sostenía que dicho modelo no puede conformarse con la adecuación de medios: «es necesario que sepa satisfacer las expectativas que depositan en el mismo el infractor, la víctima, la comunidad y el Estado», aunque a la hora de señalar en qué consiste dicha satisfacción a la víctima insistía en la «reparación del daño» como mecanismo apaciguador¹¹. Es decir, se remitía en definitiva a la legítima satisfacción de la reparación «compensatoria» por el daño sufrido, al margen de la legítima aspiración al castigo de quien produjo el mismo. Contemporáneamente, BERISTÁIN IPIÑA afirmaba que la víctima debía situarse «en el centro de la política criminal», desplazando tanto al delito como al delincuente, provocando una «ruptura epistemológica»¹². Pero esta perspectiva humanista del eminente profesor vasco puede ser fácilmente tergiversada desde posiciones autoritarias que reivindicaban a la víctima para situarla vicariamente en el papel de verdugo. Y la experiencia legislativa española a lo largo de este siglo XXI ofrece buenas muestras de introducción de elementos autoritarios en el Derecho y el proceso penales, convenientemente

Vid. al respecto, el Informe emitido por el *Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra la mujer del Consejo de Europa (GREVIO)*, *Report submitted by Spain pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Baseline Report)*, GREVIO/Inf(2019)5, 18 de febrero de 2019.

¹⁰ HASSEMER, W. *Consideraciones sobre la víctima del delito*, en ADPCP, 1990, p. 244.

¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tendencias del actual Derecho penal*, en AAVV, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 57.

¹² BERISTÁIN IPIÑA, A., *Evolución desde el crimen al delincuente y a la víctima (Aproximaciones diacrónicas y sincrónicas a la Política Criminal)*, en ADPCP, 1999, p. 79.

encapsuladas bajo la apariencia de institutos protectores de las víctimas del delito y, por ello, en cierto modo incuestionables.

2.1. *La acusación particular en el proceso penal juvenil*

En otro lugar sostuve que el sistema penal juvenil no debe perder nunca su centro de gravedad situado en el eje del «superior interés del menor», concepto básico de la Convención de Derechos del Niño, ratificada por España 1990 (y, aunque no haga falta recordarlo, Derecho *vigente* en nuestro país). El propio Preámbulo de la Convención invoca una larga lista de textos normativos para apoyar la conveniencia de «proporcionar al niño una protección *especial*» debido a «su falta de madurez física y mental». Dicha protección excepcional se refleja en la asunción del principio del «superior interés del menor» como eje básico de todo el Derecho aplicable a los menores, no sólo el de naturaleza sancionadora. Por lo que se refiere al campo represivo, tanto el art. 3 de la Convención de 1989 como el artículo 2.º de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 cuanto, en fin, la Primera «Regla de Riad» (1990) supeditan la adopción de cualquier medida judicial a ese interés superior, lo que justifica el traslado del centro de gravedad punitivo a un lugar más influido por la orientación reeducadora que el ocupado por el sistema penal de adultos.

Cuando se promulgó la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, inspirada en la idea de ofrecer garantías procesales al joven delincuente, se pospuso su entrada en vigor un año, justo el tiempo necesario para que otra Ley Orgánica (la número 7 del año 2000) trastocara aquella idea e hiciera girar el eje del sistema hacia la pura represión del fenómeno «kale borroka», entonces en auge. Un año después, el Defensor del Pueblo emitió un *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, donde proponía la adopción de algunas mejoras, «especialmente en todo lo relativo a la participación de la víctima en el proceso y a la reparación de los derechos de la misma». Luego el legislador le haría caso, introduciendo subrepticamente la acusación particular en el procedimiento de menores mediante la aprobación de una enmienda del Grupo Popular del Senado al Proyecto de reforma del Código Penal que culminaría con la promulgación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Al margen del inaceptable procedimiento legislativo utilizado para aprobar una medida de tanta relevancia y de que constituye un ejemplo más que evidente de utilización simbólica y espuria del Derecho

penal¹³, contradice abiertamente el protagonismo que ha adquirido la figura del Ministerio Fiscal en este procedimiento, un papel que le permite resolver el conflicto creado por el menor mediante la adopción de soluciones extrajudiciales, tal y como aconsejan los instrumentos internacionales en la materia. Eso lo sabe cualquier especialista en la materia, y lo dijo con toda claridad BUENO ARÚS hace algunos años, mientras trabajaba en el diseño de la Ley: el rechazo a la acusación particular tenía como fin «evitar que el carácter dramático del procedimiento penal (duelo entre acusador y acusado) contamine un procedimiento que, como todo lo regulado por esta Ley, ha de tener un carácter eminentemente educativo»¹⁴. Toda una cita de autoridad que revela el tránsito, en un lustro, de una política criminal de buenas intenciones a otra de extremada dureza.

Este protagonismo de la víctima en el proceso penal de menores adquiere gran relevancia, si se atiende a lo dispuesto en el art. 25, que abarca tanto la propuesta de medidas (¿bajo qué criterio distinto al vindicativo?), como la propuesta de pruebas y la asistencia a la práctica de las mismas. PÉREZ MACHÍO sostuvo por aquel entonces que la regulación introducía una incoherencia grave: «la letra d. del artículo 25, en sede de propuesta de pruebas, manifiesta específicamente la imposibilidad de que las mismas versen sobre aspectos personales, familiares, educativos, sociales o psicológicos del menor; circunstancia que ha sido interpretada doctrinalmente como el veto al informe del Equipo Técnico, al que por respeto al derecho de la intimidad del menor sólo tendrán acceso el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores. Como bien es sabido, la medida objeto de aplicación debe regirse por el principio del interés superior del menor y por las finalidades resocializadoras y sancionadoras-educativas adecuadas a las circunstancias personales que rodean al menor infractor, de tal forma que el desconocimiento de dicha situación individual difícilmente podrá conciliar los objetivos perseguidos por la normativa de menores, centrándose, más bien en motivos puramente retributivos, punitivos y vindicativos la solicitud

¹³ La «novedad» aparece como enmienda nueva en la fase de aprobación por el Senado del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal, a raíz del espeluznante caso de «Sandra Palo», menor y deficiente, que fue violada, asesinada con ensañamiento y finalmente incinerada por tres sujetos que fueron condenados en octubre de 2003 a cumplir un período de 8 años de internamiento. La respuesta gubernamental del Partido Popular consistió en ordenar la introducción de la acusación particular, como si de haber existido ésta en ese procedimiento se hubiera podido adoptar una medida más severa contra los desalmados, cuando ello habría sido imposible.

¹⁴ Cfr. BUENO ARÚS, F *El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la justicia de menores elaborado por el Ministerio de Justicia*, en EGUZKILORE, n.º 11, 1997, p. 165.

de la específica medida»¹⁵. Así pues, la introducción de la acusación particular sólo podía llevar a introducir subrepticamente esas finalidades ajenas a las que debían inspirar la responsabilidad penal juvenil.

2.2. *La intervención de la víctima en el proceso y en la ejecución penal de adultos tras la Ley 4/2015, de 27 de abril*

La regulación de los derechos de las víctimas aparecía en diversos textos normativos hasta su «codificación» en la Ley 4/2015 y su posterior desarrollo mediante el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre¹⁶. Dicha Ley dice inspirarse en la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que considera que el delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas. Por ello, las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos como la raza, el color, la

¹⁵ PÉREZ MACHÍO, MJ *Aproximación crítica a la intervención de la acusación particular en el proceso de menores*, en EGUZKILORE, núm. 23, 2009, p. 306. De opinión parcialmente divergente, GONZÁLEZ SOLER, O en *Reflexiones sobre la constitucionalidad de la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 17/2003, «para conseguir que sea respetada la naturaleza educativa de la LRRPM en cuanto a la imposición de medidas no es necesario prohibir a los perjudicados u ofendidos por la infracción que pidan su imposición, sino que para ello basta con que se refleje adecuadamente, en la norma y en su aplicación, la vigencia del principio acusatorio, esto es, que no se produzca la imposición de medidas sin que alguien lo pida y que dicha petición no sea vinculante para el juzgador, de modo que éste, en la forma que en la actualidad ocurre, pueda, una vez celebrada la audiencia, acordar no haber lugar a la imposición de medidas o bien, cuando considere procedente su imposición, seleccionar las medidas que considere adecuadas siempre que, habiendo sido solicitadas, no sean de mayor gravedad que las pedidas». En el Anuario Estadístico de España de 2019, 6. Seguridad y Justicia, p. 197, quedan reflejadas las medidas adoptadas contra menores en 2017, pero no el origen de las mismas y si tuvo intervención la acusación particular.

¹⁶ La LECrim. y leyes sectoriales referidas a ciertas cuestiones o a determinados tipos de víctimas, Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de los Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (desarrollada por el RD. 738/1997, de 23 de mayo), LO 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, la L.O. 1/1996, de 13 de enero de Protección Jurídica del Menor, la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo Capítulo IV del Título V se titula Medidas Judiciales de Protección y Seguridad de las Víctimas y la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

etnia o el origen social, los rasgos genéticos, la lengua, la religión o las creencias, la opinión política o de otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad, la edad, el sexo, la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual, el estatuto de residente o la salud. En todos los contactos con una autoridad competente que actúe en el contexto de procesos penales, y cualquier servicio que entre en contacto con las víctimas, como los servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora, se deben tener en cuenta la situación personal y las necesidades inmediatas, edad, sexo, posible discapacidad y madurez de las víctimas de delitos, al mismo tiempo que se respetan plenamente su integridad física, psíquica y moral. Se ha de proteger a las víctimas de delitos frente a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y las represalias; han de recibir apoyo adecuado para facilitar su recuperación y contar con un acceso suficiente a la justicia. Se preocupa la Directiva además, por paliar en la medida de lo posible la *victimización secundaria*: el riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o de represalias por el infractor o como resultado de la participación en un proceso penal debe limitarse llevando a cabo actuaciones de forma coordinada y con respeto, permitiendo a las víctimas ganar confianza en las autoridades. Se debe facilitar al máximo la interacción con las autoridades competentes, al tiempo que se limita el número de interacciones innecesarias que la víctima haya de mantener con ellas, recurriendo, por ejemplo, a grabar en vídeo las declaraciones y permitiendo su uso en los procesos judiciales¹⁷.

La Directiva reconoce una serie de derechos que tratan básicamente de proteger a aquella persona que se vea involucrada en un delito como víctima; a tal efecto, se le reconocen una serie de derechos que pretenden tutelarla a lo largo del procedimiento, desde la denuncia, con el fin de que

¹⁷ LEÓN MÁRQUEZ, CM.^a/AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., *Percepciones y sentimientos hacia las víctimas: Resultados de un experimento split-ballot*, en Revista Española de Investigación Criminológica Artículo 6, Número 16 (2018), p. 3 sostienen que «a pesar de que los estudios realizados en el ámbito de las actitudes hacia el castigo han incorporado la figura de la víctima para determinar cómo influye en las demandas de castigo, son escasos los estudios que han analizado específicamente las actitudes y percepciones hacia las víctimas de delitos, especialmente en el contexto español. Además, la mayor parte de los estudios llevados a cabo en este ámbito se han limitado a analizar las actitudes hacia las víctimas de un delito muy concreto como es la violación. Estos estudios han puesto de relieve la tendencia generalizada a culpabilizar a las víctimas por lo ocurrido (Cameron & Stritzke, 2003; Niemi & Young, 2014, 2016; Rini, 2015; Sjöberg, & Sarwar, 2017) y han señalado la necesidad de analizar determinados elementos, como el tipo de delitos, las creencias estereotipadas sobre las víctimas o las circunstancias en las que ocurren los hechos, en el estudio de las actitudes hacia las víctimas».

su acceso a la justicia y a la intervención en el proceso penal propiamente dicho no se vea perturbado por cuestiones burocráticas u organizativas que le sitúen en una clara indefensión.

El art. 16 reconoce el «derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal», que obliga a los Estados miembros a garantizar que, en el curso del proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, en un plazo razonable, excepto cuando el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial. El apartado 2.º de dicho artículo obliga a los Estados miembros a promover las «medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente».

En el proceso penal español, a diferencia de otros ordenamientos, la víctima del delito adquiere la condición de parte civil y la sentencia condenatoria lleva consigo la decisión judicial sobre la correspondiente indemnización, como estipulan los arts. 109 CP, 100 y 142 LECrim¹⁸. Con ello, se garantiza suficientemente el derecho reconocido en la Directiva. Por lo demás, el legislador penal ha considerado conveniente instituir una circunstancia atenuante para el autor del hecho delictivo que haya «procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral» (art. 21.5.ª CP. Cabe añadir, no obstante, que el modo en que dicha atenuante está siendo aplicada puede dar lugar a una paradoja punitiva que incide indirectamente sobre el fenómeno de la privatización del Derecho penal.

En efecto, cabría aceptar la aplicación de rebajas de pena (que pueden ser sustanciales si se considera la atenuante «muy cualificada») cuando la *reparación* excede, como tal compensación, lo exigido por la normativa vigente sobre responsabilidad civil, pero no en aquellos casos en que el autor del hecho delictivo se limita a abonar la misma antes, no ya del juicio oral sino de la resolución judicial, porque si no se dan todos los requisitos previstos en el art. 21.5.ª CP siempre puede recurrirse a la atenuante por analogía del art. 21.7ª CP. Una reciente resolución del Tribunal Supremo (Auto 475/2019, de 4 de abril de 2019) confirma ese modo

¹⁸ **Artículo 109 CP. I.** *La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados* Art. 100 LECrim: *De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.* Art. 142 LECrim: *se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio.*

un tanto «negocial» de aplicar la atenuante de reparación: «el elemento sustancial de esta atenuante, desde la óptica de la política criminal, radica pues en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante. *Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación* o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una *política criminal orientada por la victimología*, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad (540/2013, de 10 de junio, SSTs 285/2003, de 28-2 ; 774/2005, de 2-6 ; y 128/2010, de 17-2)». Por lo que se refiere al *quantum* de la reparación exigida debe ser relevante en relación con el perjuicio total causado, descartándose las entregas de cantidades que no guardan una proporción relevante respecto al daño generado. Así, la STS 828/2016, de 3 de noviembre, señala que la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas, que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado (SSTs 1990/2001, de 24 de octubre ; 78/2009, de 11 de febrero). En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia, ha exigido para la apreciación de esta circunstancia atenuante que la reparación refleje una decidida voluntad de reponer la situación legal previa o de afrontar firmemente las consecuencias y perjuicios causados por su proceder ilegal (SSTs de 25 de enero de 2012 y 11 de octubre de 2007).

El grado de automatismo con el que se suele aplicar esta atenuante ha motivado que entre las medidas previstas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género se incluya una (la número 107) que dice textual y taxativamente: «suprimir la atenuante de reparación del daño en los casos de violencia de género». Porque supone, en el fondo, que puedo maltratar y lograr después una rebaja sustancial de la pena con solo abonar una cantidad, que de todas formas se me requiere como responsabilidad civil *ex delicto*. Como sostiene GARRO CARRERA la pregunta es si la

facilitación que supone para la Administración de Justicia el pago voluntario de la responsabilidad civil justifica la apreciación de la atenuante en el caso «normal», que sería el del deudor que afronta su deuda. O dicho de otra forma, se plantea si la no comisión de un delito de alzamiento de bienes puede explicar la apreciación de la atenuante de reparación. Ciertamente, sería chocante que las dos únicas soluciones posibles para un sujeto solvente sean o bien arriesgarse a una posible responsabilidad por alzamiento de bienes, si trata de esconder su patrimonio, o bien que se le conceda el «premio» de una atenuante, en caso de que cumpla con su obligación de consignar la fianza destinada a indemnizar el daño que causó. Situar a la víctima concreta como el epicentro del sentido de la atenuante de reparación penal resulta problemático –sostiene la autora– por diversos motivos. En primer lugar, porque queda afectado el principio de igualdad respecto a los infractores. El sistema perdería toda su legitimidad, al reconocer que la posición de los infractores ante la afflictividad de la respuesta penal empeoraría claramente en caso de carecer de medios. Otro posible efecto sería una disminución de la eficacia de la prevención general negativa sobre las personas que, por su elevada solvencia, se hallen en disposición de satisfacer sin esfuerzo las deudas civiles en las que incurran. Es decir, las desigualdades de partida de las personas por razón de su capacidad económica quedan institucionalmente reforzadas con esta forma de entender la atenuante de reparación. No ignoramos que el sistema penal no sirve precisamente para corregir desigualdades de partida, pero sí debe evitar que tales desigualdades se refuercen con ventaja para quienes ostentan mejor posición inicial. Por otro lado, la equiparación de la «reparación penal» con la «reparación a la víctima» como binomio inescindible, produce otros equívocos. Llevaría a restringir la aplicación de la atenuante al campo de los delitos con víctima, y en tanto ésta haya sufrido un daño económicamente evaluable¹⁹.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo llaman la atención los razonamientos incluidos en algunas Sentencias. Así, la STS 293/2018, de 18 de junio, «hemos dicho que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere –cfr. 868/2009, 20 de julio– que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, *en atención a sus circunstancias personales* (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que

¹⁹ GARRO CARRERA, Enara/ASUA BATARRITA, Adela, *Atenuantes de reparación y de confesión*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009 (<http://www.tirantonline.com> / Documento TOLI.436.838). Vid. GARRO CARRERA, Enara, *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005.

la acción se lleve a cabo. *La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación –por ejemplo, su elevado importe–, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima». Lo cual significa que a mayor cantidad abonada, mayores posibilidades de ver aplicada la atenuante en su versión más benévola, esto es como «muy cualificada». Así lo atestigua el importante Auto 1326/2007 de 12 julio, citado por muchas Sentencias posteriores: «debe, por tanto, excluirse la atenuación en la consignación de pequeñas cantidades...».*

Como se señalaba más arriba, la atención a la víctima en el proceso penal no nace con la Ley 4/2015 sino mucho antes. En nuestro ordenamiento interno el apartado primero del artículo 773 LECrim dispone que el Fiscal [velará] por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. En este mismo sentido, el artículo 3.10 EOMF encomienda al Fiscal velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. La Instrucción de la FGE 8/2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal, marcaba el rumbo de una dedicación preferente del MF hacia ellas, a fin de coadyuvar a la definitiva superación de la tradicional preterición en la que se les sumía en el proceso penal (como sostuvo la Instrucción FGE 2/2008). Así pues, antes de la promulgación del «Estatuto» de la víctima, el Ministerio Público tenía asignada ya su protección, de manera que el acomodo a la Directiva de 2012 probablemente exigía alguna innovación normativa, pero seguramente no una del calado de la finalmente promulgada.

En el Anteproyecto de dicha Ley, el propio concepto de víctima se desviaba de la ruta marcada por la Directiva, ya que abarcaba a «todos aquellos que hayan sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o un perjuicio económico directamente causados por la comisión de un delito»; una inespecificidad que el CGPJ denunció por no ser acorde con la normativa europea e internacional²⁰. Finalmente, el texto del art. 2 recoge «como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia

²⁰ Esta definición es la que aparece en el artículo 2.1.a.i) de la Directiva 2012/29 (que a su vez es una reproducción de la definición de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2011, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal; DM). Sin embargo, se aprecia una diferencia importante. Mientras que la Directiva limita el concepto de víctima a las personas físicas, el artículo 2.del Anteproyecto permite incluir en él a las personas jurídicas, dado el empleo de la expresión «todos aquellos» y «persona directamente agraviada por el delito».

persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito».

El momento inmediatamente siguiente a la denuncia de la víctima resulta especialmente delicado, porque concita toda la atención de esta hacia la satisfacción de su demanda punitiva. Por esta razón, en la Instrucción 8/2005 de la FGE se decía que «en delitos de especial gravedad, antes de solicitarse por el Fiscal el sobreseimiento provisional por falta de pruebas, procurarán los Sres. Fiscales contactar previamente con la víctima, si no estuviera personada, a fin de asegurar la inexistencia de medios o diligencias de prueba que no hubieran aflorado en la instrucción y la víctima pudiera proporcionar. Y en todo caso, cuidarán que sean informados de la posibilidad de personarse en la causa, arts. 782.2 y 800.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Con ello habría bastado para cumplir lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva 2012/29/UE, bajo cuyo tenor literal, «los Estados miembros garantizarán que se notifique a las víctimas sin retrasos innecesarios su derecho a recibir la siguiente información sobre el proceso penal iniciado a raíz de la denuncia de una infracción penal de la que hayan sido víctimas, y que, si lo solicitan, reciban dicha información: a) cualquier decisión de no iniciar o de poner término a una investigación o de no procesar al infractor» En lógica consonancia con ello, el art. 12.1 de la Ley 4/2015 establece que «la resolución de sobreseimiento será comunicada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos, así como al resto de víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tuviera conocimiento». Sin embargo, el legislador ha querido ir más allá y confiere un derecho a recurrir el sobreseimiento «sin que sea preciso que se haya personado anteriormente en el proceso», derecho que puede ejercitarse durante un plazo mayor que el asignado al resto de las partes de conformidad con la nueva redacción dada al art. 636 LECrim, cuyo último párrafo establece a tal efecto un plazo de 20 días. En el Informe del CGPJ al Anteproyecto se calificaba esta plazo como «extraordinariamente amplio» y se advertía contra esta desmesura, que no podía justificarse en modo alguno porque la víctima no estuviera informada aun no personada: «se trata de una víctima informada, que conoce las actuaciones judiciales, teniendo acceso a las mismas en cualquier momento y que la decisión de no personarse depende de su exclusiva voluntad, por lo que, en consecuencia, deberá asumir las consecuencias de su decisión. Por ello, la ampliación del plazo para recurrir, en claro perjuicio del imputado, no puede justificarse en la falta de personación –que no va acompañado necesariamente de un desconocimiento de

las actuaciones» Similar acento crítico se observa en la opinión de GÓMEZ COLOMER, para quien «esta ampliación sólo se podría justificar respecto a la víctima que no haya sido parte, porque necesitará más tiempo para conocer la causa y, ante todo, buscar abogado, pero es difícilmente creíble que una víctima informada del proceso contra su agresor no sepa cómo están las cosas, con lo que no necesitaría tanto tiempo. Y la víctima que hasta aquí no ha querido saber nada del proceso penal, seguirá sin querer saber nada con toda seguridad, por mucho que lamente el sobreseimiento y aumente su desconfianza en la Justicia»²¹.

Pero sin duda la cuestión que de una forma más patente evidencia la utilización de la víctima para incrementar el autoritarismo punitivo es la serie de actos ya en fase de ejecución de la pena en los que la víctima no sólo adquiere protagonismo sino que casi puede tomar decisiones. En primer lugar, el importante cambio de régimen penitenciario al de tercer grado «antes de que se extinga la mitad de la condena» puede ser recurrido en relación con delitos graves como el homicidio o el terrorismo, pero también cuando el sujeto fue condenado por delitos de robo violento, lesiones, contra la libertad sexual, contra la libertad, etc., es decir un amplio espectro de delitos. En segundo lugar, puede recurrir el auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, siempre en relación con ese amplio abanico de figuras delictivas. En tercer lugar, se le confiere la facultad de recurrir el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional²², cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión. Por si esto fuera poco, el apartado 2.º del art. 13 permite a la víctima solicitar la imposición de medidas que condicionen la libertad cuando considere que la salida de prisión del condenado le coloca en situación de riesgo.

Esta invasión de la víctima en un espacio que debería estar acotado al tratamiento, a la evolución del condenado y a la orientación resocializadora de nuestro sistema punitivo, comporta una grave inconsecuencia que

²¹ GÓMEZ COLOMER, JL *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 359-360.

²² Sobre este tema en particular, pero analizando exhaustivamente la Ley con consideraciones penales y penitenciarias, REBOLLO VARGAS, R *Algunos aspectos de la nueva regulación de la libertad condicional: algo más que conjeturas problemáticas*, en RGDP, núm. 26, 2016.

debería desaparecer cuanto antes de nuestro ordenamiento. El profesor RENART GARCÍA, en un muy documentado artículo sobre este aspecto de la Ley, escribió en 2015 que ésta «se enmarca en una política criminal continuista de la corriente de neo-conservadurismo que asoló el continente europeo en la primera década del siglo XXI»²³. Ciertamente, parece que el legislador español «respondió» a la STEDH de 21 de octubre de 2013, que anuló la doctrina Parot, con un arsenal de medidas de aparente corte tutelar de la víctima para colar de rondón un atroz punitivismo que, sobre todo, para lo que ahora nos ocupa, representa una «privatización» del sistema penal en el sentido que VON LISZT le diera en su Programa de Marburgo, cuando explicaba cómo la evolución de la pena supuso el desarraigo de la venganza privada, de la «pena instintiva»²⁴, que ahora renace. ¿Qué criterio puede esgrimir la víctima de un atraco a mano armada frente a los informes del Equipo Técnico que consideren suficiente el período de internamiento del sujeto aunque no haya llegado a la mitad de la condena? ¿criterios científicos? En absoluto. El único criterio posible es la satisfacción *privada* de la demanda de privación de libertad, algo que debería quedar extramuros de la política criminal en un Estado democrático, dentador del *ius imperium*.

²³ RENART GARCÍA, F *Del olvido a la sacralización: víctima y ejecución de la pena*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-14, 2015, p. 52. El autor lleva a cabo un análisis pormenorizado y de crítica elocuencia sobre el autoritarismo que rezuma la nueva Ley.

²⁴ VON LISZT, F *La idea de fin en Derecho penal*. Trad. Manuel de Rivacoba, 1.^a ed., Edeval, Valparaíso, 1994, p. 69: «Aunque el progreso de la civilización haya hecho retroceder las reacciones instintivas, procurando vías indirectas para la satisfacción del “instinto, todavía en nuestros días, en el caso de la ley de Lynch, el instinto sojuzgado barre con elemental violencia (su signo distintivo) las barreras que le coloca la sociedad». Vid. en el sentido del texto, SALINERO ALONSO, C *Víctimas del terrorismo y su participación en la ejecución de la pena* (*Revista Penal*, n.º 42. – Julio 2018) Documento TOL 6.684.012: «La cuestión se agrava aún más cuando nos movemos en el campo de la ejecución de la pena y el sistema abre sus puertas de par en par a las víctimas, tal y como ha hecho el LEVID: el legítimo derecho de la víctima a ser informada sobre la evolución y el progreso penitenciario de quien es su victimario se ha transformado no solo en un derecho a ser oída, sino, lo que es más peligroso, en un derecho a participar de forma activa y a intentar dirigir, cuando no obstaculizar, el tratamiento penitenciario por la vía de los recursos, y todo ello sin tan siquiera ser parte formal. Esto es así para todas las víctimas con carácter general».

El sujeto liberal del sistema penal y los derechos de los grupos subordinados

Gloria González Agudelo*

Profa. Titular Derecho Penal

Universidad de Cádiz



I. INTRODUCCIÓN

LAS GRANDES TRANSFORMACIONES SOCIALES, políticas y económicas de las últimas décadas han impactado de lleno en el sistema penal, que ya no puede cumplir su papel declarado de «arbitro neutral», porque ha quedado desenmascarado en su papel real de guardián del *statu quo* y reproductor de la desigualdad. Ello nos obliga, a quienes somos parte del sistema –también a quienes producimos el conocimiento– a replantear la función del sistema penal en las estructuras sociales y en el conjunto de la institucionalidad, y de paso, nuestra propia función como teóricos o profesionales en este marco.

Esta tarea no es fácil, tampoco cómoda, nuestros esquemas mentales y las instituciones, fuertemente arraigadas en el pensamiento liberal a pesar de las novedades introducidas por el Estado Social, no admiten pacíficamente las transformaciones requeridas por la sociedad actual, sobre todo, porque cualquier cuestionamiento pareciera poner en solfa los principios y garantías que nos han servido para configurar y justificar el sistema protector de los Derechos humanos a partir del reconocimiento del sujeto como centro del sistema, incluso y preferentemente, en el marco del ejercicio del *ius puniendi* del estado.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto PID2020-114739RB-I00, del Plan Nacional I+D+I, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

La formidable labor de quienes nos han precedido, arquitectos del Derecho penal español en democracia, nos debe orientar en esta tarea a pesar de las dificultades. En este merecido homenaje a la figura intelectual y personal que le rinde la disciplina al Prof. Ignacio Berdugo DE LA TORRE, queda evidenciada su labor como penalista comprometido con los Derechos Humanos¹, y quiero sumarme a este cariñoso reconocimiento, con unas sucintas reflexiones sobre algunos de los presupuestos del sistema, cuestión siempre presente en su obra.

II. EL «SUJETO UNIVERSAL» DE DERECHO LIBERAL

La modernidad situó en el centro al hombre, liberándolo de los condicionamientos. El humanismo, sostiene Peces-Barba, es el pensamiento orientado al progreso del sujeto como ser autónomo-moral a la vez que ser social, históricamente guiado por la idea de dignidad de la persona, dirigido a la construcción de seres que eligen, comunicativos, racionales y morales. De esta forma, el humanismo y la racionalidad se erigen en las bases de la modernidad y son los llamados a dirigir y a organizar una sociedad política y un poder al servicio del hombre². No obstante, este paradigma y las promesas de la modernidad se han incumplido y en la actualidad asistimos a la deconstrucción de gran parte de los fundamentos que durante estos siglos han posibilitado su consolidación: por una parte, la razón de Estado y la Ley, y por la otra, el principio unificador «la subjetividad».

Nos interesa destacar brevemente, a efectos de nuestra argumentación, cómo el principio fundamentador y unificador de todo el sistema, el contrato social y su idea de hombres libres, iguales y racionales, traducido en el reconocimiento de derechos de carácter universal y abstracto –para algunos– a partir de la idea de «la razón humana universal», aparejó

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Derechos humanos y Derecho penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 11, 1986-1987, pp. 27 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global», DE LA CUESTA et al (Coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco, Tirant lo Blanch*, 2018; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./PÉREZ CEPEDA, A., «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», *Revista penal México*, N.º 1, 2011, pp. 39-63; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El caso Herzog. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2018. *Revista de Estudios Brasileños I Volumen 6 – Número 13*, 2019, entre muchos más.

² PECES-BARBA, G., «Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo» en FERNÁNDEZ, E., (ed.), *Valores, Derecho y Estado a finales del siglo XX*, Madrid, 1996, p. 265.

dramáticas consecuencias históricas para aquellos grupos y sujetos excluidos de esta precondition, pues quedaron apartados de la esfera de participación política, y de la posibilidad de introducir derechos o argumentos de peso en la discusión a favor de sus intereses particulares, no considerados³.

Sousa Santos señala que el contrato social se basa, como todo contrato, en unos criterios de inclusión a los que, por lógica, se corresponden unos criterios de exclusión, destacando tres: a) el contrato social sólo incluye a los individuos y a sus asociaciones; la naturaleza queda excluida; b) la «ciudadanía territorialmente fundada», esto es, solo los ciudadanos son partes del contrato social: «Todos los demás –ya sean mujeres, extranjeros, inmigrantes, minorías (y a veces mayorías) étnicas– quedan excluidos; viven en el estado de naturaleza por mucho que puedan cohabitar con ciudadanos»; c) «el comercio público de los intereses», solo los intereses que pueden expresarse en la sociedad civil son objeto del contrato. La vida privada, los intereses personales propios de la intimidad y del espacio doméstico, quedan, por lo tanto, excluidos del contrato⁴.

En la actualidad, diferentes autores ponen el énfasis en los criterios de exclusión para explicar este proceso, como hace Nussbaum en su análisis de la teoría de la justicia social de Rawls⁵. Como señala la autora, llama poderosamente la atención, que esta teoría o cualquiera otra de las teorías contractualistas filosóficas y/o jurídicas, aun en sus mejores versiones –originales o actuales–, hayan sido incapaces de responder a los problemas de justicia que se derivan de la grave asimetría de poder y de la capacidad entre los sujetos que serían parte de la negociación en una situación original imaginaria y quienes desde esta posición de poder definirán los principios políticos básicos, incluso, a pesar de la clara intencionalidad de los autores de estas teorías por señalar que sería acordado por personas *libres, iguales e independientes* (Locke)⁶.

En efecto, se presume que son *libres*, nadie es dueño de nadie; relativamente iguales (en poderes y capacidades), si se prescinde del rango, la riqueza, la clases social, etc.; e *independientes*, esto es, sin sujeción a terceros, cada uno de ellos «una fuente independiente de cooperación social», lo que automáticamente excluye a mujeres, niños y ancianos por

³ MCCLURE, K., «Sobre el sujeto de derecho: pluralismo, pluralidad e identidad política» en MOUFFE, C. (ed.), *Dimensiones de la democracia radical: pluralismo, ciudadanía, comunidad*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2012, pp. 141-164.

⁴ DE SOUSA SANTOS, B., *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Sequitur, Madrid, 2008, p. 4.

⁵ Ampliamente: NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2012, pp. 34.

⁶ NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia*, cit., p. 30.

no ser productivos y deja sus necesidades por fuera de «la elección que puedan realizar las partes de los principios políticos básicos e incluso su concepción de los bienes primarios de la vida humana». El quid de esta teorización y sobre la que hemos basado nuestro discurso racional son los criterios de inclusión, invisibilizándose los otros grupos e intereses que quedan por fuera de la configuración de la ciudadanía originaria. Aunque eventualmente sus intereses pueden ser considerados de forma derivada a través de intereses propios de las partes o en un estadio ulterior, como señala Nussbaum, sus necesidades, empero, no modelan las elecciones de los principios políticos básicos, pues la idea de donde se parte es que quien contrata lo haga pensando en el beneficio mutuo con otros individuos en su misma situación⁷.

El resultado de esta nueva configuración en términos sociales y políticos, es un sujeto de derecho pleno, dotado de racionalidad, al que se le reconoce ciudadanía derechos y libertades: varón, adulto, blanco, propietario (aunque solo sea de su fuerza de trabajo y de la de sus dependientes) y la exclusión de todos los otros sujetos, por irracionales, al no reunir los requisitos para poder participar en la discusión de los principios políticos. Esto no quiere decir que no estén presentes en el cuerpo social, pero ya en su condición de sujeto de derecho derivado, esto es, en su condición de posesión: mujeres, niños, discapacitados, esclavos, extranjeros, no tienen más derechos que aquellos de quienes dependen, les otorgan.

III. IGUALDAD MATERIAL Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

La evolución del principio de igualdad formal, entendida como igualdad de trato, hacia formas más complejas que incluyan los procesos sociales de asignación de status y los mecanismos necesarios para la superación de la desigualdad que generan, ha sido el resultado de los procesos históricos de luchas sociales por el reconocimiento que ha tenido en el movimiento por los derechos de las mujeres y los movimientos antirraciales sus máximos valedores, o al menos, los más visibles. A partir de ahí, la discusión se amplía a otros grupos y otros ejes discriminatorios, ahondándose y evidenciándose otras categorías de definición de identidades basadas en la opresión y la subordinación, construyéndose, además, el concepto de *discriminación interseccional* u *opresión intergrupala*, según la cual, los modelos tradicionales basados en el racismo, el género, la orientación sexual, la religión, la nacionalidad, la clase y la discapacidad, y otros,

⁷ Ibídem, pp. 47-51.

están relacionados entre sí creando un sistema de opresión que refleja la intersección de las diversas formas de discriminación⁸.

Se reivindica una acción positiva correctora a través del «Derecho antidiscriminatorio», esto es, un derecho específico y orientado, que no solo vaya en contra del tratamiento diferenciado por alguna circunstancia tasada de discriminación, sino que pretende hacer visibles los procesos discriminatorios de asignación de status y establecer los mecanismos de corrección, para terminar con la situación de desigualdad que está en la base y sus efectos⁹. La discusión se abre entonces hacia otras cuestiones, especialmente, a si este Derecho es realmente productivo en el objetivo de contribuir a alcanzar la igualdad real de grupos y sujetos históricamente discriminados (oprimidos) o no pasa de ser un mero instrumento simbólico, instrumental al objetivo finalista del Estado Social, pero no plantea realmente la remoción de todos aquellos fenómenos que originan la desigualdad estructural¹⁰. En cualquier caso, a pesar de ser una discusión abierta y no resuelta, este Derecho antidiscriminatorio es actualmente reivindicado por algunos grupos activistas pro derechos como adecuado para los fines perseguidos, independientemente de los resultados concretos, al desarrollar una función didáctica y estabilizadora de la norma contribuyendo así, se afirma, al cambio social necesario.

El problema de fondo, como señala Barcellona, es que la igualdad formal hace emerger las desigualdades sustanciales, pero en realidad la igualdad sustancial no puede ser un correctivo para la igualdad formal, en la medida que evidencia lo artificial del orden jurídico en referencia a la sustancialidad de las relaciones, estructuralmente desiguales, y así asumidas por el ordenamiento en sus presupuestos e instituciones básicas, es, por tanto, la negación de la positividad del Derecho. La paradoja de la igualdad, señala el autor, muestra como ésta aparece como presupuesto y como objetivo: la ley puede ser general (y por ello medida única), porque los hombres son iguales, pero son iguales porque son medidos con la misma

⁸ CRENSHAW, K.W., «Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics», University of Chicago Legal Forum, Vol. 1989: Iss. 1, Article 8., 1989. Disponible: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>.

⁹ KAUFMANN, G., *Dignus Inter Pares: Un Análisis comparado del Derecho Antidiscriminatorio*, Abeledo Perrot. S.A., Buenos Aires, 2010; AÑÓN ROIG, M. J.; «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía*, M.º 13, 2013, pp. 127-157.

¹⁰ BAYLOS GRAU, A., «Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género», en *Revista de Derecho Social*, N.º 72, 2015, pp. 43-57.

medida, la ley. Sólo el Derecho formal de la igualdad puede hacer convivir la unidad del ordenamiento, y la multiplicidad de los individuos¹¹.

IV. DERECHO PENAL Y DESVENTAJA GRUPAL (VULNERABILIDAD)

Una cuestión interesante que se plantea a partir de esta discusión sobre la subordinación estructural de ciertos grupos sociales y el derecho antidiscriminatorio es resolver, como sostienen algunas corrientes y grupos pro-derechos (cada vez más proclives), si el recurso penal es el instrumento adecuado para solventar el conflicto social que subyace en el problema de base que da lugar la discriminación (machismo, racismo, edadismo, nacionalismo, etnocentrismo, ...). Se trata de establecer si el Derecho penal debe cumplir otras funciones además de las históricamente asignadas (reales y simbólicas) y la legitimidad de su uso en el marco del Estado Social para lograr fines sociales, en este caso, la igualdad.

Desde esta perspectiva, algunas interpretaciones soslayan los problemas derivados del uso simbólico del instrumento represivo, ampliamente señalados por la disciplina, en aras de alcanzar un fin superior: conformar la conciencia jurídica colectiva a favor de ciertos valores. La argumentación es simple: si el Derecho penal ha servido históricamente de coartada al *statu quo* y a la discriminación estructural de ciertos grupos, por qué no repensarlo y usarlo para reivindicar ahora su potencial emancipador, aunque solo sea en el nivel ideológico.

No obstante, introducir el desarrollo conceptual de la desventaja grupal o la vulnerabilidad como categoría autónoma y con incidencia directa en el sistema penal no es tan simple –de ello es prueba el difícil proceso de la incorporación de los delitos de género–. La razón principal es que el marco de referencia es el Sistema Penal, que entroniza la desigualdad estructuralmente en sus presupuestos (de corte liberal), y a pesar de los intentos de corrección, la función de selección penal y la discriminación en la aplicación de la ley, siguen siendo en la actualidad sus notas más características¹².

Las propuestas de corrección de la desigualdad estructural a través una tipificación penal orientada a la protección genérica de los grupos

¹¹ BARCELLONA, P., *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 53-54.

¹² BARATTA, A., *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México, 2006; FERRAJOLI, L., «Criminología, criminalidad global y derecho penal. El debate epistemológico en la Criminología contemporánea», en *Crítica penal y poder*, N.º 4, 2013, p.4. Disponible: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/5524/7543>

subordinados o vulnerables, no alcanza a permear las rígidas categorías asociadas a la igualdad formal sobre las que abstractamente se sostiene el sistema penal, especialmente, la concepción individualista de la responsabilidad personal del sistema penal. Además, las garantías penales pueden verse afectadas, y estas son el resultado también de importantes luchas por el reconocimiento de derechos: responsabilidad individual, responsabilidad por el acto, imputabilidad, culpabilidad, son las categorías que aún definen el Derecho penal actual y son discutidas en algunas de las nuevas propuestas configuradoras de la tipificación penal. Hay riesgo, que por esta vía, puedan vulnerarse –si no se establece criterios materiales claros– derechos individuales costosamente alcanzados, operativos, precisamente en el marco del sistema penal¹³.

Ciertamente, los problemas de implementación político-criminales y dogmáticos de la dinámica de la vulnerabilidad individual/vulnerabilidad grupal son muchos, incluso en aquellos supuestos más consensuados como en la protección penal de la infancia¹⁴, y vigentes, como decíamos, en los llamados «delitos de género», a pesar de que en este caso se ha avalado la función antidiscriminatoria de la norma (STC 59/2008, de 14 de mayo)¹⁵.

Más allá de los problemas derivados de las normas penales a favor de grupos específicos, *in totum*, (género/infancia), también se presentan en relación con otra serie de delitos recientemente introducidos que, aparentemente persiguen disminuir los factores estructurales de la desigualdad a través del instrumento penal, como los delitos de odio o los de favorecimiento a la inmigración ilegal (artículos 510 y 318 bis CP, respectivamente), en los cuales se construye el tipo penal a partir de la incriminación genérica de la vulnerabilidad de ciertos grupos.

Los resultados son bastante cuestionables, sobre todo, porque estos tipos penales no explicitan el interés que buscan proteger frente a las situaciones de discriminación, explotación o desamparo, al no establecerse criterios materiales de lesividad en términos de injusto, que permitan dilucidar cuál es el eje discriminatorio que se aborda, convirtiendo el interés grupal abstracto e indeterminado (y manipulable) en sustento de la incriminación (todas las mujeres, todas las personas extranjeras, todas las personas LGTIB+, ...), desvirtuando los principios garantistas del Derecho penal, especialmente el de responsabilidad por el hecho y el de la

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Derechos humanos y Derecho penal», p. 32-34.

¹⁴ GONZÁLEZ AGUDELO, G. *La Sexualidad de los Jóvenes: Criminalización y Consentimiento*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 95-106.

¹⁵ Sentencia 000038/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, Caso «la Manada».

culpabilidad. Precisamente, el ejemplo más evidente es el castigo penal de la colaboración con el tráfico ilegal de personas, que puede terminar castigando a quien ayuda a salvar vidas en el peligroso mar mediterráneo, o a quien alimenta y cobija a un inmigrante sin papeles, por razones humanitarias.

Debe observarse con especial cuidado las interacciones posibles entre intereses grupales que deben ser atendidos estatalmente con la finalidad de remover los obstáculos que impiden la igualdad material y la protección de los derechos individuales de quienes conforman estos grupos, especialmente en un marco tan complejo y gravoso como el sistema penal, puesto que en este ámbito no tiene por qué coincidir necesariamente. El ejemplo más actual lo encontramos en el debate abierto sobre la protección de la mujer víctima de malos tratos en la pareja que no posibilita su protección y/o no denuncia o colabora con el proceso penal, que lleva a propuestas protectoras maximalistas de variado tipo, incluso, a considerarla incapaz, proponiendo que el Estado asuma su tutela.

V. REFLEXIÓN FINAL

Las dificultades para introducir en los rígidos esquemas del Derecho penal y sus principios reguladores, mecanismos correctores en una situación contextualizada por la subdiscriminación, legislando penalmente a favor de la eliminación de la situación que da lugar a la misma, son muchas, y en esta ocasión, solo hemos mencionado algunas. Estas propuestas implican romper con el riguroso principio de igualdad formal en el que se asienta nuestros sistemas penales tradicionales pues, obligan al legislador a optar por una de las partes, *ex ante*, para ofrecerle una protección reforzada que garantice sus derechos, en mayor riesgo de quebrantamiento como consecuencia de su pertenencia a un grupo vulnerable o subordinado, tal como sucede en el caso de la violencia en la pareja en la que el legislador opta a favor de la mujer, legislando de forma diferenciada según el género.

La cuestión de fondo por resolver es si el Derecho penal debe atender a los elementos estructurantes de la desigualdad que definen las posiciones de poder en la sociedad y, por tanto, exponen desigualmente al riesgo de vulneración de los derechos, castigando las conductas que propician o potencian la situación de desigualdad de los grupos subordinados, y no solo los resultados –en términos de pareja criminal–, como viene aconteciendo hasta ahora. Esto, indefectiblemente implica nuevas funciones para el Derecho penal que aun hoy mantiene sus instrumentos e instituciones ancladas en el modelo

liberal, obligándole a asumir la materialización de la Ley penal, y desdibujando, por tanto, el principio de legalidad formal que ha sido su guía.

El dilema actual se presenta, de una parte, entre la idoneidad y efectividad real del instrumento penal para solventar la desigualdad social estructural (utilidad/inutilidad del instrumento), y por otra, las razones de justicia, siempre presentes en la justificación del sistema penal, sobre todo, reivindicadas ahora por los grupos pro derechos y que justificarían por sí mismas la ampliación y escalamiento de la respuesta penal frente a conductas históricamente excluidas de su ámbito de protección basadas en razones discriminatorias. Pareciera lógico, que el Derecho penal, tradicional aliado del poder opresivo, deba cumplir nuevas funciones en un Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente correctoras de la desigualdad que ha contribuido a crear.

No obstante, como también la historia ha demostrado, la cuestión no es tan sencilla, pues, el sistema penal cumple funciones declaradas y no declaradas, algunas veces al servicio de la Sociedad, pero siempre, al del Estado, y se incurre en el riesgo cierto de convertir toda la necesaria incorporación de las necesidades e intereses de los grupos subordinados, tradicionalmente excluidos de protección o directamente perseguidos penalmente, en mera legislación simbólica, dirigida a satisfacer demandas de punición orientadas según intereses concretos, desligadas de las condiciones reales que condicionan o favorecen las estructuras sociales desiguales, que no se tocan en la prohibición penal, pero satisfacen sentimientos punitivos, al alza.

Este no es un riesgo nuevo, pues, hacemos referencia al máximo mecanismo represivo del Estado, su instrumento de control más efectivo y como tal, susceptible de apropiación y manipulación por el poder siempre en aras de su propio beneficio. Se observa una tendencia generalizada a la expansión punitiva y a su exacerbación, el llamado «populismo punitivo», justificado en el objetivo de transmitir a la sociedad y a las potenciales víctimas la apariencia de efectividad y protección social utilizando el Derecho penal como ariete contra la injusticia social. Como señalan Berdugo/Pérez, esta expansión punitiva, «... ha dado paso a un nuevo modelo de política criminal que parece contradecir los principios programáticos que deben orientar la actividad legislativa en el campo penal»¹⁶, que, como hemos señalado, aún están anclados en los presupuestos liberales configuradores de todo el sistema (selectivo y excluyente), y no se olvide, es en este marco, donde se han establecido las garantías penales.

¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./PÉREZ CEPEDA, A., «Derechos humanos y Derecho penal, cit., p. 54.

¿Debe y puede enfrentar el sistema penal las nuevas funciones asignadas, desconociendo sus propias bases de legitimación? ¿se requieren nuevos principios, o basta con reformular los que tenemos? El Derecho penal se enfrenta a diferentes tensiones producto de la necesidad de responder eficiente y adecuadamente a las condiciones actuales de desarrollo de las relaciones de producción capitalistas condicionadas por la globalización, los cambios tecnológicos, las sucesivas crisis económicas y las reivindicaciones de los nuevos movimientos sociales. La pregunta de fondo es si el sistema penal es el mecanismo adecuado para remover las estructurales desiguales que definen las posiciones de poder en la sociedad, o su función es más simple (ultima ratio, no prima), y solo puede ofrecer protección penal para garantizar el ejercicio (o los presupuestos) de los derechos de las colectivos vulnerables, reconocidos, desarrollados y alcanzados en otros ámbitos.

¿Nuevos retos para el Derecho Penal?

Juan José González Rus
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Córdoba



I. SOBRE LO QUE SE TRATA EN ESTAS PÁGINAS

PARA PARTICIPAR EN ESTE HOMENAJE al Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, que reconoce una trayectoria vital dedicada enteramente a la Universidad, como profesor, como investigador, como Rector, como maestro de penalistas, como gestor y promotor de iniciativas universitarias, y que tan merecido lo tiene, me ha parecido que un buen tema era comentar el libro de WHILE, Christopher, *Mindf*ck, CA. La trama para desestabilizar el mundo*. Rocaeditorial. E-book, fecha de publicación 19/3/2020.

En esta obra se da cuenta documentada y fiable de prácticas relacionados con Internet, las redes sociales y la recolección y el tratamiento de datos (entre otras), realizadas en los últimos años, y que, aun siendo un tímido anticipo de lo que está por venir¹, plantean ya interesantes cuestiones político-criminales sobre las que estimo que conviene empezar a reflexionar.

Los hechos que expongo a continuación son un muy apretado resumen de la denuncia de While y que éste expone con todo detalle en las 400 páginas de su libro. Hechos, que conoce bien porque intervino muy directa y decisivamente en el proceso de diseño, elaboración y aplicación de modelos y procedimientos que suponen un cambio de gran calado respecto de lo que era conocido o previsible que estuviera sucediendo en el tratamiento de datos personales, pues avanzan decididamente en el terreno

¹ V. GONZÁLEZ RUS, «El futuro del Derecho Penal», en VICENTE REMESAL, J. de y otros, *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*. V. I. Ed. Reus. Madrid. 2020, pp. 177 y ss.

de la manipulación del comportamiento humano con procedimientos que estimo que conviene conocer, siquiera sea con la brevedad que aquí los expongo, para valorar su eventual trascendencia penal, presente o futura.

II. LOS HECHOS

En junio de 2018, Christopher While compareció como informante ante el Congreso de Estados Unidos, ante el Parlamento del Reino Unido y ante las más importantes agencias de investigación de ambos países para informar sobre las actividades de Strategic Communication Laboratories (SCL) y su filial norteamericana, Cambridge Analytica (CA); en particular, sobre los procedimientos que se emplearon en las campañas del referéndum del Brexit de 2016 y en las elecciones presidenciales norteamericanas del mismo año que ganara Donald Trump.

Los éxitos obtenidos en la campaña del candidato Obama en las presidenciales norteamericanas de 2008 con la utilización de la inteligencia artificial en el tratamiento de datos y en el uso de las redes sociales con fines específicamente electorales mostró el camino a otros proyectos como el que desarrollaron SCL y CA. Acompañados, por cierto, por investigadores de prestigiosas universidades, fundamentalmente en el campo de la Psicología, Antropología Social, y Sociología, que vieron en todo ello un extraordinario laboratorio para revolucionar las ciencias sociales. El resultado final fue definir procedimientos y crear herramientas automatizadas de recogida de datos cuyo tratamiento se orientó a la elaboración de perfiles psicológicos, a partir de los que inducir narrativas y acciones específicas capaces de favorecer o inhibir determinadas conductas de los votantes. En definitiva, se dio el paso que lleva del conocimiento de los datos a la manipulación del comportamiento en base a ellos.

Según el testimonio de While, la pretensión última de los propietarios de CA (vinculados a la derecha norteamericanas) era, obtenidos y tratados convenientemente los datos personales de los ciudadanos, hacer una simulación informática de la sociedad (¡basada en datos y rasgos psicológicos de personas reales, identificadas plenamente!). Con ese modelo podía medirse la incidencia que la modificación de ciertos factores podía tener en el funcionamiento general del modelo, y en función de ello, orientar su evolución. El objetivo final era, pues, inducir de los datos los rasgos básicos de la personalidad y, definida ésta, influir en el comportamiento del sujeto y del grupo.

Los datos se obtenían de todo tipo de fuentes y eran de todo tipo; todo vale: edad, género, raza, dirección, ingresos, familia, educación, profesión,

salud, amigos, vehículos, ingresos, propiedades, hipotecas, deudas, suscripciones a revistas, aficiones, millas aéreas recorridas, censos, registros administrativos... A menudo, la recogida de datos iba precedida de visitas y conversaciones informales con numerosas personas y grupos para conocer bien cómo entendían el mundo, qué les importaba y por qué, y entender mejor y perfeccionar la interpretación y el tratamiento de los datos y su relación con los rasgos de la personalidad.

En este proceso, Facebook acabó siendo la principal proveedora de datos para los proyectos de CA. En Facebook de cada usuario se rastrea y analiza todo, con información proporcionada espontáneamente por sujetos identificados y que permite conocer, además, otro tanto de quienes tienen alguna relación con él. Para acelerar la recogida de datos se utilizaron aplicaciones de la plataforma, pagando (uno o dos dólares) al usuario que la descargaba (con el previo registro de los datos solicitados). Se utilizaron también procedimientos similares a los que había implantado la aplicación Amazon MTurk, que permitió incorporar al proceso de recolección y catalogación de datos a miles de personas que, por una pequeña remuneración, realizaban tareas en su domicilio. El resultado fue una colosal base de datos cuya prueba definitiva se hizo mediante llamadas telefónicas aleatorias a sujetos incluidos en ella, lo que permitió confirmar directa y de su propio titular la extraordinaria exactitud de los datos recogidos en el modelo. Se abrían así optimas perspectivas para los objetivos finales de CA y su aspiración a una «simulación global», pues los datos reales de cada sujeto servían también para «medir» o inferir los rasgos definidores del grupo o de la cultura en la que se desenvuelven y explorar las posibilidades de modificar su comportamiento y, por ende, el del grupo.

La definición de la personalidad del sujeto se basaba en las aportaciones de la Psicología y de investigadores que, entusiasmados con las posibilidades que ofrecía el experimento, orientaron decisivamente el proceso, proporcionando las claves que permitían relacionar los datos con el perfil psicológico del sujeto. Las técnicas utilizadas fueron muchas. Desde asociar los datos de cada individuo con las categorías centrales que definen la personalidad (apertura, responsabilidad, extraversión, amabilidad y neurosis, y sus interacciones) hasta su relación con los rasgos característicos de la mala adaptación (la denominada «tríada oscura»: narcisismo, maquiavelismo y psicopatía, indicadores de la propensión a conductas antisociales, incluidos actos criminales). Se estudiaron los factores definidores de la pertenencia o identificación con grupos de extrema derecha o de extrema izquierda, organizaciones violentas, comunidades virtuales de «célibes involuntarios» –*incels*, defensores de la violencia contra la mujer y contra los varones sexualmente activos– y otros radicales y marginales.

Sobre esas bases, se diseñaron herramientas automáticas cuyo algoritmo detecta y clasifica automáticamente a quienes muestran valores por encima de los normales en los identificadores de neurosis, o de la «tríada oscura», o de propensión a la ira o a la conspiración.

También se tomó en cuenta la denominada «heurística de la afectividad», que explota los efectos de las emociones en la toma de decisiones. Por ejemplo, los efectos de la irritación y la ira en la toma de decisiones, anteponiéndose a la información racional, lo que hace al sujeto más susceptible de manipulación. O, para desincentivar el interés en votar, la denominada «hipótesis del mundo justo», que favorece procesos de culpabilización de la víctima, a la que se presenta como la responsable última del daño o discriminación que sufre.

Paralelamente, cuando se alcanzaba un determinado número de miembros o de seguidores adscribibles a un grupo o segmento, se contactaba con ellos y se favorecía la formación de grupos virtuales o de contactos presenciales entre ellos: entrevistas (incluso pagadas), reuniones, charlas, grupos de debate, etc. Todo ello, para reforzar sus vínculos de identificación recíproca y la posibilidad de acciones de manifestación real.

El uso combinado de estas técnicas permitía individuar los mensajes que se dirigían a cada votante, de acuerdo con los factores más destacados de su «perfil psicológico» o su adscripción a un grupo. Se utilizaba para ello grupos de Facebook, anuncios o artículos, páginas web, bulos, mensajes personalizados y redes sociales. El objetivo de estas maniobras manipuladoras es romper progresivamente lo que se denominan «factores de resiliencia psicológica» y van dirigidas a sustituir por el propio el constructo mental de la persona que se quiere controlar. Lo cual puede resultar determinante en un proceso electoral en donde el resultado final puede decidirlo un grupo minoritario.

El primer escenario en el que se puso a prueba la eficacia de las prácticas de SCL fue en la campaña del Brexit, en la primavera de 2016, en favor de los partidarios del Vote Leave. Después del referéndum, se reconoció que en las semanas anteriores al mismo habían emitido más de un centenar de anuncios distintos y difundido 1433 mensajes diferentes para sus votantes, según el *targeting*. Asimismo, se informó de que esos datos habían sido vistos más de 169 millones de veces, aunque se habían dirigido a un estrecho segmento de electores. La idea base de la campaña había sido la de favorecer estados de indignación e ira en determinados segmentos, opacando los argumentos racionales de los partidarios del quedarse sobre las consecuencias económicas que tendría el abandono de la Unión Europea. En ese referéndum votó el 72 por ciento de los votantes. Ganó la opción de abandonar la Unión Europea con el 51,89 por ciento de los votos;

decidió el resultado, pues, el 1,89 % de los votantes. Como relata While, semejantes técnicas y procedimientos se utilizaron por CA en las numerosas campañas electorales que realizó en Estados Unidos, y, especialmente, en la campaña presidencial de Donald Trump, de 2016.

III. ¿SUPONEN ESAS REALIDADES NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO PENAL?

Las reflexiones que, a mi juicio, plantean los hechos expuestos van mucho más allá de lo que permite esta colaboración, por lo que me limitaré a expresar, con la misma brevedad de antes, las conclusiones y preguntas centrales que estas confirmadas realidades me sugieren.

La primera –ya lo he dicho en otras ocasiones– que la intimidad puede darse por perdida. La pretensión de que hay un espacio reservado en el que el sujeto decide sin cortapisa alguna quién accede y quién no y que hay unos datos personales sobre los que sólo su titular puede disponer, es, a la luz de lo expuesto, una tierna quimera. Lo que no debe significar que se abandonen las políticas jurídicas y criminales que pretenden la salvaguarda de una y otros. Significa, simplemente, que hay que ser muy conscientes de las dificultades del empeño, de la dimensión de las amenazas y de la complejidad y costo de las eventuales medidas a adoptar. La primera, probablemente, convencer al ciudadano de la extraordinaria importancia personal y colectiva de la intimidad y de que debe abandonar la carrera suicida hacia su desaparición que emprendió desde que apareció el smartphone y que se aceleró con la consolidación de las redes sociales.

En segundo lugar, creo que hay que plantearse ya si el Derecho penal debe intervenir en hechos como los expuestos; especialmente en lo que tiene que ver con la protección de los datos personales, las formas de obtenerlos y tratarlos y la pretensión de controlar y modificar la voluntad y el comportamiento ajeno; algo, por otra parte, que no es extraño a la protección penal que se presta a través de delitos contra la intimidad, amenazas, coacciones, acoso y delitos de odio. Y otro tanto cabría decir sobre la posibilidad de introducir en algunas figuras delictivas, junto a los tradicionales medios comisivos (violencia, intimidación, engaño) los que tienen que ver con la utilización de procedimientos como los expuestos. Por citar un solo caso, en los delitos de rebelión y sedición, tan de actualidad.

También debe reflexionar sobre si los actuales medios personales y materiales de que disponemos para el descubrimiento y persecución de hechos como los expuestos y, en general, de los relacionados con el medio informático, el tratamiento de los datos personales, la transmisión de datos y las profundidades de las redes sociales son bastantes para afrontar

con suficiencia lo que tenemos enfrente y, sobre todo, lo que se nos viene encima a muy corto plazo. No es ocioso recordar, en este sentido, que los hechos expuestos se conocen porque los denunció uno de sus principales protagonistas.

Finalmente, no me resisto a comparar la sofisticación de algunos de los conceptos en los que se apoyan los procedimientos expuestos con la edad proecta de algunos de los enfoques con los que los penalistas seguimos planteando el control social y la función del Derecho penal. Los conceptos base de la ciencia penal (prevención general, especial, función intimidatoria de la pena, alarma social, necesidad de pena, detección y valoración de la peligrosidad, etc.), quedan con un sostén algo simple frente a lo que hay detrás de algunos de los hechos expuestos. No creo que viniera mal aquí un cierto aggiornamento. De la misma forma que creo que técnicas como las expuestas, reformuladas obviamente, podrían ser útiles para la prevención del delito y el seguimiento de procesos de reinserción.

En definitiva, pues, que sí creo que el Derecho penal se enfrenta a nuevos retos que deben conocerse y analizarse con interés.

Avances normativos en la protección de las víctimas de trata de seres humanos, a la luz de los estándares europeos

Cristina Guisasola Lerma
Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat de València



I. CONTEXTO Y RESPUESTA NORMATIVA FRENTE A LA TRATA DE SERES HUMANOS

1. *La magnitud del fenómeno criminal de la trata de seres humanos*

LA TRATA, COMO ANTESALA, vía y medio de las formas actuales de esclavitud, representa unos de los delitos más complejos del mundo contemporáneo, en los que las víctimas ven mermados sus derechos más esenciales como seres humanos¹. Pese a ello se viene denunciando que la información estadística existente es parcial, atendiendo fundamentalmente a la gran cifra negra que existe en este delito, consecuencia no solo de la implicación con estructuras delictivas complejas –incluso cuando el delito no es cometido por una red de delincuencia organizada– ubicadas en la mayoría de los casos en diferentes países, sino también por las dificultades en la detección de las víctimas, en gran medida con una situación administrativa compleja, con desconfianza hacia las autoridades y gran reticencia a denunciar o colaborar por miedo a las represalias.

Ese déficit en la recogida de datos impide dimensionar adecuadamente el alcance de la violación de los derechos humanos y sus consecuencias.

¹ Como así lo pone de manifiesto, entre otros, LARA AGUADO, S., «El avance irresistible de la concepción de la trata como violación de derechos humanos» en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia 2017.

Pese a ello, entre los instrumentos que nos permiten acercarnos a esta realidad, merece ser destacada la labor de la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNODC). Las cifras facilitadas por en el último Informe Global de Trata de Personas de 2020, supervisado por la ONU y publicado en 2021 son enormemente elocuentes en este sentido. En dicho Informe se expone el panorama mundial de las tendencias y corrientes más recientes de la trata, recogiendo datos de 152 países –un 94% de la población mundial– de los cuales prácticamente un centenar proporcionan información sobre el número de víctimas detectadas. Según el mismo, la explotación sexual se mantiene como la principal finalidad de la trata en el mundo (50% de los casos identificados) afectando mayoritariamente a mujeres y niñas (el 95% de las víctimas), registrándose asimismo un incremento en casos identificados con la finalidad de trabajo forzado y algunas otras formas de explotación como la mendicidad ajena (del 34% en 2016 al 38% en el 2020).

En el ámbito de la Unión Europea, la Comisión presentó el 20 de octubre de 2020 el Tercer informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2020). Dicho Informe destaca de entrada como la trata de seres humanos es un delito transnacional que alimenta demandas ilegales desde dentro y fuera de la UE y está teniendo un impacto negativo en todos los Estados miembros de la UE. Las cifras que ofrece, pese a la certeza de que solo suponen una imagen parcial de la situación real, son verdaderamente significativas. Entre 2017 y 2018 se registraron 14.145 víctimas, de las cuales el 60% lo fueron por trata sexual, 15% por trata laboral y 25% por otras formas (mendicidad forzada, tráfico de órganos etc.).

En todo caso, y pese al hermetismo con el que operan las organizaciones criminales –de hecho ésta es una de las máximas preocupaciones de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito– los datos aportados en Informes europeos y por las Fiscalías de Extranjería son concluyentes: la trata constituye un negocio multimillonario y el segundo mayor delito transnacional, solo por detrás del narcotráfico. Concretamente se podrían mover unos 32.000 millones de dólares en todo el mundo, según datos de la Fiscalía de Extranjería, y en Europa unos 2.200 millones de euros anuales. En España se calcula que supone un movimiento de 5 millones de euros al día, no afectando solo a las grandes ciudades, sino también a núcleos urbanos de tamaño medio. Una de las diversas causas del crecimiento del delito de trata se relaciona con la globalización: en particular, la transnacionalidad de la conducta dificulta enormemente su persecución, pese a que cada vez son más los casos que llegan a juicio. A ello se suma su configuración, desde el punto de vista

de su naturaleza jurídica, como un delito iterativo que se prolonga en el tiempo y en el espacio².

En nuestro país el reciente Informe “*Una aproximación a la realidad de las mujeres en situación de trata en España*”³ advierte del hecho de que los datos sobre identificación de víctimas basados en operaciones policiales se desagregan solo en función de ciertos indicadores (edad, nacionalidad) de modo que no se obtienen todos los necesarios para ofrecer una visión integral. De suerte que, como concluye el estudio de investigación llevado a cabo por VILLACAMPA junto a otras investigadoras⁴, el número de víctimas identificadas en España puede constituir solo la punta del iceberg.

Consultada la última Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021, y así, los datos registrados por los fiscales especializados en la Unidad de Extranjería, aportan información relevante que sirve de referencia para describir la situación de la trata en nuestro país. Durante el año 2020 se incoaron 136 procedimientos judiciales por delito de trata de seres humanos de los que 117 dieron lugar a diligencias de seguimiento de la Unidad de Extranjería FGE. El 75,21% de las diligencias previas incoadas lo fueron en persecución de delitos de trata con fines de explotación sexual, el 19,75% por trata laboral, el 5,12% por trata con fines de cometer delitos y el 1,70% por trata con fines de mendicidad. Al cierre de la memoria se comunicaron 12 sentencias condenatorias de conformidad con el escrito del Ministerio Fiscal, 4 parcialmente condenatorias, y dos absolutorias. Todas las sentencias se han dictado por trata sexual apreciándose judicialmente la condición de víctimas a 20 mujeres mayores de edad, 4 mujeres menores de edad y a un transexual. La trata con fines de explotación sexual ha estado presente en todas las Comunidades Autónomas.

² LLORIA GARCÍA, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una Ley integral» en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX (2019), p. 356.

³ ROMO ESCRIBANO, A./TURÉGANO CASTELLANOS, C., *Informe «Una aproximación a la realidad de las mujeres en situación de trata»*, Asociación Trabe y Fundación Fernando Pombo, 2021.

⁴ En dicha investigación, tras remitir un cuestionario electrónico a 757 entidades, unidades u organismos que podían eventualmente haber entrado en contacto con víctimas de trata, se cuantificó en 7.448 las víctimas detectadas entre 2017 y 2018. VILLACAMPA ESTIARTE/ GÓMEZ ADILLÓN / TORRES FERRER / MIRANDA RUCHE, «Trata de seres humanos: dimensión y características en España» en *Revista General del Derecho penal*, n.35, 2021.

2. *Evolución del marco jurídico internacional, europeo y regulación en el derecho penal sustantivo español*

El fenómeno criminal de la trata se ha incriminado en la mayoría de países occidentales, acogiendo el concepto incorporado en el primer texto normativo en el ámbito internacional: el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños* (en adelante, Protocolo de Palermo), que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional, celebrado en el año 2000 y ratificado por España en 2002. De acuerdo con la definición recogida en su art. 3 la trata consiste en: «*La captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u cualquier otras formas de coacción, al rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o el ofrecimiento o la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación*». En dicho instrumento, pese a no incluir de manera expresa la perspectiva de género, se puede deducir la misma de su Preámbulo que declara «...para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños». y «...para combatir la explotación de las personas, especialmente mujeres y niños».

En el **contexto europeo**, la trata también aparece definida de forma similar en el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* (Varsovia, 16 de mayo de 2005). Entre las finalidades de explotación del delito de trata se recoge, junto a la imposición de trabajo o servicios forzados, «la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud», constituyendo la trata el delito antecedente respecto de los tipos penales que sancionan situaciones de explotación. Como novedad se adopta la perspectiva de género, contemplando entre sus objetivos: «1.a) Prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad de género; 1.b) Proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata, diseñar un marco global de protección y de asistencia a las víctimas y a los testigos, garantizando la igualdad de género, y asegurar investigaciones y actuaciones penales eficaces».

También en el ámbito europeo, la trata y la explotación sexual se recogen como forma de violencia contra la mujer en el *Convenio europeo sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica*, firmado en Estambul en 2011, ratificado por España en 2014. Sin embargo es la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata y a la protección de las víctimas*, la que viene siendo considerada la columna vertebral de los instrumentos normativos de la Unión Europea, introduciendo disposiciones comunes que tienen en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención y la protección de las víctimas. A este respecto, y aún

teniendo en cuenta que la trata afecta a ambos géneros, se pone de manifiesto que las mujeres se ven más afectadas de manera diferente puesto que, por ejemplo, tienen más probabilidades de terminar en la industria del sexo, esto es, tienden a ser más vulnerables a la trata debido a su situación económica y social y su posición de desventaja en el mercado laboral.

Sobre este fenómeno, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género* reconoce que constituyen violaciones de la dignidad humana, intrínsecamente ligadas a la desigualdad de género en la sociedad, y una forma de violencia contra las mujeres en general. A su vez destaca los vínculos entre la prostitución y la trata de personas, en particular que la primera alimenta el tráfico de mujeres y mujeres menores de edad vulnerables. Recomienda asimismo afrontar y valorar el estado de la cuestión sobre la trata de mujeres bajo las tendencias que se inspiran hoy en el sistema nórdico, en especial el sueco, que aplica dicha perspectiva en sus leyes y para luchar contra las redes de trata y proxenetismo penaliza al cliente de la prostitución para frenar dichas mafias.

Por su parte, resulta imprescindible referirnos a la *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011*. Dicha resolución parte de la consideración de que el género no causa por sí solo vulnerabilidad, siendo muchos otros los factores los que también contribuyen a crear dicha situación: pobreza, sexismo, discriminación y desigualdades económicas, sociales, educativas y de formación entre hombres y mujeres. En el marco legal y político de la Unión se insta a los Estados miembros que se adopten medidas específicas dirigidas a la prevención, asistencia y apoyo a sus víctimas, destacando como la violencia contra las mujeres y las desigualdades de género son una de las causas primordiales de la trata. En particular, a que garanticen una prestación de servicios a las víctimas de trata, diferenciada en función del género, adaptándola a las necesidades específicas derivadas de la forma de trata a la que hayan sido sometidas⁵.

En nuestro país no fue hasta la reforma penal operada por LO 5/2010 de 20 de junio cuando se dotó de autonomía al **delito de trata de seres humanos** frente al delito de inmigración ilegal, con el que antes convivía, pretendiendo cumplir así con los mandatos de los compromisos internacionales⁶. De manera que en el art. 318 bis se engloban las conductas

⁵ En esta dirección, la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2016 reitera la consideración de la trata de seres humanos como un delito con un claro componente de género.

⁶ Cfr. GUIASOLA LERMA, C., «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 179 y ss.

relativas a la inmigración o tráfico ilegal de extranjeros, tipificando de modo separado, en un nuevo Título, la trata de seres humanos (art. 177 bis CP). En el número 1.º se define la trata como el proceso de captación (y otras acciones similares) llevado a cabo a través de los medios comisivos descritos (violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima) con algunas de las finalidades que enumera el legislador, todas identificadas con «fines de explotación efectiva de la víctima».

Con posterioridad, el legislador penal de 2015 consideró que –dado que este delito se introdujo con anterioridad a la *Directiva 2011/36 UE*– existían algunas cuestiones que no fueron incorporadas y que eran necesarias para una completa transposición de la normativa europea, incluyendo dos nuevas tipologías (trata para la comisión de actividades delictivas y trata para celebración de matrimonios forzados).

En España, según la última Memoria de la Fiscalía General del Estado (2021) sigue siendo preponderante la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, como país de origen, de tránsito o de destino de la persona tratada– por lo que resultaría necesario que los Estados adoptaran soluciones normativas comunes, con la finalidad de dotar de unidad al castigo y facilitar el desmantelamiento de este negocio criminal.

II. LA NUEVA ESTRATEGIA EUROPEA DE LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS 2021-2025: EJES PRINCIPALES Y PERSPECTIVAS DE REFORMA PUNITIVA EN ESPAÑA

El 14 de abril de 2021 la Comisión Europea publicó su nueva Estrategia de Lucha contra la Trata de Seres Humanos para el periodo 2021-2025, que se enfoca en la prevención del delito, en la persecución de los tratantes, en la desarticulación del modelo de negocio de los traficantes, tanto en línea⁷ como fuera de línea y en la protección y empoderamiento de las víctimas de trata. En particular, entre otras medidas, la Estrategia prevé reducir la demanda de servicios que sean fruto de trata de personas –y que la alimenten de este modo– para romper el modelo de negocio de la trata y así proteger, asistir y empoderar a las víctimas. De ese modo se abre la

⁷ Acerca del impacto del estado de alarma decretado con motivo de la crisis sanitaria generada por el COVID en las mujeres víctima de trata y prostitución, puede verse VVAA: «Mujeres en estado de alarma permanente: trata y prostitución» en *Servicios Sociales y Política Social*. XXXVII (monográfico especial), 2020, 103-116. En el trabajo se expone como se ha vivido esta etapa por parte de las mujeres en contextos de prostitución y qué implicaciones ha tenido el confinamiento para sus circunstancias vitales.

puerta a establecer normas mínimas de la UE que sancionen a los usuarios que acudan a servicios que exploten víctimas de la trata. Esta fue una de las peticiones del Parlamento Europeo, que el pasado mes de febrero apoyó una resolución para castigar penalmente el consumo de servicios laborales o sexuales de esta naturaleza.

Pues bien, dicha propuesta enlaza con los objetivos del Foro valenciano para la abolición de la prostitución y la protección de los derechos y la libertad de las mujeres víctimas del delito de trata y de la explotación sexual, creado y regulado por resolución de 25 de febrero de 2021⁸. En él tuvimos la oportunidad de intercambiar opiniones y propuestas normativas con profesionales y representantes de instituciones especialistas en la problemática expuesta. Teniendo presentado los ejes principales de la nueva Estrategia Europea, rescataré muy sintéticamente, algunas de las propuestas que efectué en el citado Foro, centradas en aspectos sustantivo-penales, esenciales para una posible reforma penal en nuestro país.

1. Reducir la demanda que estimula la trata.

Para garantizar una persecución eficaz del delito, se ha de otorgar una respuesta punitiva que, entre otras cuestiones, ponga fin a la impunidad de tratantes y explotadores. En un momento en que se prevé que se mantenga la demanda de explotación, que los traficantes desplacen sus delitos a internet y que la pandemia cree las condiciones para una mayor explotación, la Estrategia establece las medidas que permitirán a la UE y a sus Estados miembros seguir reforzando su respuesta con el objetivo de desarticular el modelo de negocio de los traficantes.

En nuestro país, la propuesta prevista en el Borrador de Ley de Trata de 2018 planteaba la inclusión de un delito («delito relativo a la prostitución») sancionando con multa el hecho de «convenir la práctica de actos de naturaleza sexual a cambio de dinero u otro tipo de prestación de contenido económico», sin realizar precisiones acerca del sujeto pasivo, y contemplando la imposición de pena de prisión para el caso de que el sujeto pasivo fuera menor de edad o persona con discapacidad.

En mi opinión, sería controvertida la sanción penal al cliente en todo caso, mientras que en los supuestos en que los sujetos pasivos sean víctimas de trata considero que tendría buen consenso social y aceptación jurídica. De suerte que, entre las diversas cuestiones mejorables en relación al delito de trata (art. 177 bis CP) proponemos la tipificación de la solicitud de actos de naturaleza sexual a cambio de precio o promesa con víctimas de trata. Se trataría de conductas punibles en su modalidad dolosa, es decir,

⁸ Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 1 de marzo de 2021.

sólo cuando el cliente conoce la situación en que se encuentra la persona, pudiendo regularse de forma similar al actual art. 188.4, que ya sanciona dichas conductas cuando el sujeto pasivo es menor de edad o persona con discapacidad, bien incorporando un nuevo apartado en el artículo 177 bis⁹ o bien incorporándolo en los delitos relativos a la prostitución.

Consecuentemente, si se tipifica dicha conducta en el ámbito de la trata, también debiera recogerse en los supuestos en que la trata ha desembocado en una explotación sexual: esto es, sancionando la solicitud de relación sexual mediante precio con las personas que son determinadas a prostituirse, esto es, las señaladas en el art. 187.1 del CP (delito relativo a la prostitución y a la explotación sexual)¹⁰. Por lo tanto, pese a que se trata de dos fenómenos que no se han de confundir, considero que el ejercicio de la prostitución sigue siendo un elemento favorecedor de la trata con fines de explotación sexual.

2. Ajustar las penas del delito de trata (177 bis CP) y del de prostitución coercitiva (187.1 CP), dado que en los términos vigentes se quebranta, a mi juicio, el principio de proporcionalidad: El máximo de pena prevista en el art. 187.1 es de 5 años de prisión, lo que viene a coincidir con el mínimo de la trata (de 5 a 8 años de prisión), lo que hace dudar de la correcta proporcionalidad entre penas, tomando en consideración la mayor gravedad del delito de explotación. A este respecto, cabe señalar que el citado PLOGILS eleva las penas del art. 187 en un año (de 3 a 6 años); sin embargo, siguen siendo inferiores a la prevista en el delito de trata.

3. Regular conjuntamente el delito de trata y las formas contemporáneas de explotación¹¹, en un Título específico que llevaría por rúbrica «De

⁹ En el grupo de trabajo promovido por la Generalitat València, JAREÑO LEAL proponía introducir el castigo penal del cliente en un párrafo segundo, a continuación de la conducta que describe el propio 187.1 (y antes de la referencia al proxenetismo): «El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con las personas que se encuentran en la situación descrita en el párrafo anterior, será castigado con la pena inferior en dos grados». JAREÑO LEAL, A., «La respuesta sancionadora al cliente de la prostitución desde una perspectiva abolicionista» en Seminario del Foro abolicionista prostitución, 19 abril, 2021, Generalitat Valenciana.

¹⁰ Dicho artículo está siendo objeto de revisión por el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (PLOGILS). Boletín Oficial Cortes Generales 26 de julio de 2021.

¹¹ Cuestión pendiente en la que coinciden tanto desde la Unidad de extranjería de la FGE como desde un sector doctrinal. En esta dirección, PEREZ ALONSO, E., «Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud» en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, 2017, p. 363 y más recientemente en «Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2022.

la trata y la explotación de personas», en consonancia con lo previsto en países, como Alemania, Francia, Italia y Reino Unido.

4. Modificar el apartado undécimo del artículo 177 bis CP para garantizar la aplicación de la excusa absolutoria¹². El legislador español ha establecido como requisito para aplicar la exención de responsabilidad a la víctima de trata por las infracciones penales cometidas «en fase de explotación», que su participación sea consecuencia directa de uno de los medios comisivos establecidos en el tipo (violencia, intimidación, engaño o abuso) y proporcional a estos.

De entrada, resulta incongruente con la definición de trata que se vincule la excusa absolutoria solo con la fase de explotación y no con las fases anteriores a la misma, de suerte que consideramos que el ámbito de aplicación de la excusa ha de abarcar el momento de la captación. El borrador de Ley Integral trata incluso plantea que la exoneración se haga extensible a las sanciones o medidas coercitivas por las infracciones administrativas cometidas, eliminando la exigencia de que exista una adecuada proporción entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

Ahora bien, además de su correcta previsión teórica, dicha excusa absolutoria ha de ser viable también en la práctica, lo que parece cuestionable, dada la escasa aplicabilidad en los tribunales. Valga como ejemplo el Auto del TS de 17 noviembre de 2017, que acordó que no hubo lugar al recurso extraordinario de revisión en un supuesto en que la identificación como víctima de trata no tuvo lugar sino hasta seis días después de ser juzgada y condenada por conformidad como autora de un delito de coacciones, no habiéndose aplicado la excusa absolutoria. La denegación se basó en no entender acreditada su condición de víctima «por una apreciación policial provisional», cuando de acuerdo con el Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata, la identificación se realizará por las unidades policiales con formación específica en la prevención y lucha contra la trata y en la identificación y asistencia de las víctimas (VI)¹³.

¹² Al respecto, VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal» en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2019, n. 19.

¹³ Adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial (Algunas Comunidades Autónomas que han elaborado Protocolos de desarrollo del protocolo marco en su ámbito territorial). En el presente caso, además, en 2016 el Ministerio de Interior acordó reconocerle la condición de refugiada por la situación de vulnerabilidad en que se encontraba al ser víctima de trata lo que le suponía un riesgo de ser deportada a su país.

Diez años ha tardado la jurisprudencia española en aplicar por vez primera dicha previsión, en un supuesto de captación de una mujer en situación de vulnerabilidad para que introdujera droga en España transportándola en su aparato digestivo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de noviembre de 2021, confirmatoria de la SAP de Barcelona de 22 de junio de 2020)¹⁴.

En suma, lo expuesto confirma la necesidad de reforzar el proceso de identificación de las víctimas de trata, la cual constituye la puerta de entrada a su protección y a otros derechos. Asimismo es crucial mejorar la formación específica en trata tanto de los cuerpos policiales como de los operadores judiciales y la coordinación entre todas las instituciones implicadas.

III. HACIA UNA LEY INTEGRAL CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS

Conscientes de lo mucho que queda por hacer, para una completa implementación de los compromisos internacionales en la lucha contra la trata, y como uno de los puntos del Plan de Acción Urgente contra la trata y la explotación sexual, en mayo de 2021 el Ministerio de Igualdad anunció la elaboración de una futura Ley que aborde de manera integral y multidisciplinar todas las manifestaciones de la trata de personas, y en particular de la trata con fines de explotación sexual¹⁵, retomando así el citado Borrador de proyecto de ley de 2018¹⁶ que no llegó a ser presentado a las Cortes. Esta demanda no es exclusiva de un sector de la doctrina y de las entidades del Tercer Sector, sino también de los operadores policiales y judiciales (fiscales y magistrados). En este momento el texto está en negociaciones dentro del gobierno y se sometió a consulta pública de abril a mayo de 2021 para que las entidades implicadas pudieran hacer sus aportaciones y propuestas, si bien en febrero del presente año (2022) el Ministerio de Justicia anunció que iba a encargar un texto a una sección especial de la Comisión de Codificación Penal.

¹⁴ Un interesante estudio acerca de dichas sentencias en vv.AA., Informe jurídico. Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo. El principio de no punición (art. 177 bis CP), 2022.

¹⁵ <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planAccuacion/planContraExplotacionSexual/home.htm>

¹⁶ Puede verse un comentario crítico al mismo en VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La evolución del abordaje normativo de la trata de seres humanos en España: presente y previsible futuro» en *Temas claves de Derecho Penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, 2021, p. 602 y ss.

La principal razón para la aprobación de una ley integral se basa en la dispersión existente en las normas que regulan los distintos aspectos que afectan a las víctimas del delito de trata y en particular de la explotación sexual, lo que dificulta su tratamiento eficaz. La ley integral es una técnica de codificación que responde a las necesidades de transversalidad que reclaman las situaciones expuestas¹⁷. Asimismo, en la línea de lo ya propuesto desde la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial en su «Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata» (2018), dicha Ley establecería los mecanismos adecuados de cooperación y coordinación pluriinstitucional. Desde un abordaje contemporáneo de este delito se considera insuficiente la mera aplicación de las disposiciones incriminadoras, y por tanto debe desarrollarse una estrategia nacional que desplace el centro de gravedad y haga efectiva en España una política de 3P (prevención, protección y persecución) en materia de trata, intensificando la cooperación internacional a través de convenios de colaboración con los países de origen y con medidas diferenciadas en función del género y del tipo de trata.

La futura ley ha de partir de una visión victimocéntrica: junto a una eficaz intervención penal, debe cubrirse tanto la prevención –atendiendo a las causas de fondo, incrementando las oportunidades de migración legal, fomentando la cooperación estatal, la investigación y la formación de los profesionales que pueden entrar en contacto con las víctimas– cuanto la protección y asistencia a las víctimas, adaptadas a sus necesidades (proporcionando alojamiento seguro, orientación psicológica, programas de reinserción social de las mujeres afectadas, oportunidades de empleo...), desarrollando así la previsión de «Atención integral a las víctimas de trata con fines de explotación sexual» recogida en el art. 9 de la reciente *Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género*¹⁸.

¹⁷ Cfr. sobre el particular la obra colectiva: *Cuestiones prácticas sobre trata de seres humanos: una visión interdisciplinar*, 2022. A modo de ejemplo, en la *Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat Valenciana, de protección integral de la infancia y la adolescencia*, ya subyacía la necesidad de recopilar el acervo normativo existente en una materia y dotar de una visión pluridisciplinar y global que permita una mejor resolución de los conflictos que regulan y las respuestas a las necesidades específicas de las víctimas de trata y explotación sexual.

¹⁸ Artículo 9. Atención integral a víctimas de trata con fines de explotación sexual. 1. Las Administraciones Públicas competentes garantizarán una protección, atención e intervención integral a las víctimas de trata con fines de explotación sexual que se hayan detectado durante el confinamiento. 2. Con este objetivo, se reforzará la vigilancia a través de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, o aquellos cuerpos de seguridad autonómicos que correspondan según sus competencias, en los lugares donde se ejerza este tipo de violencia, se facilitará alojamiento alternativo y asistencia sanitaria y social a las víctimas que hayan contraído COVID-19.

BIBLIOGRAFÍA

- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings*, 2021-2025.
- GAY ROSELL, M.E.: «Por una ley integral contra la trata de personas», en *El Diario.es*, 29 julio 2020.
- GUIASOLA LERMA, C.: «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019.
- LARA AGUADO, S.: «El avance irresistible de la concepción de la trata como violación de derechos humanos» en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, 2017.
- LLORIA GARCÍA, P.: «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una Ley integral» en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX, 2019.
- PÉREZ ALONSO, E.: «Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2022.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal», en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2019.
- PÉREZ ALONSO, E.: «Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud» en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, 2017.
- ROMO ESCRIBANO, A./TURÉGANO CASTELLANOS, C.: «Una aproximación a la realidad de las mujeres en situación de trata», Asociación Trabe y Fundación Fernando Pombo, 2021.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal», en *Revista Crítica Penal y Poder* 2019.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La evolución del abordaje normativo de la trata de seres humanos en España: presente y previsible futuro» en *Temas claves de derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, 2021.
- VILLACAMPA ESTIARTE/ GÓMEZ ADILLÓN / TORRES FERRER / MIRANDA RUCHE: «Trata de seres humanos: dimensión y características en España» en *Revista General del Derecho Penal*, n.º 35, 2021.
- VVAA: «Mujeres en estado de alarma permanente: trata y prostitución» en *Servicios Sociales y Política Social*. XXXVII (monográfico especial), 2020, 103-116.
- VVAA: *Informe jurídico. Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo*, 2022
- VVAA: *Cuestiones prácticas sobre trata de seres humanos: una visión interdisciplinar*, 2022.

Sentido e individualización de la pena en el estado democrático del derecho brasileño¹

Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de São Paulo (Brasil)



I. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA EN LA REALIDAD DISFUNCIONAL EN MATERIA DE PENAS

LA CONVERGENCIA ENTRE EL SENTIDO de la pena y la racionalidad de su aplicación corresponde a uno de los temas más controvertidos del Derecho Penal, porque atañe a su propia esencia. En este sentido, a pesar de que los fines de la pena y el contenido material del delito constituyen los supuestos metodológicos fundamentales para cualquier desarrollo teórico y aplicación práctica, en el siglo XXI ni uno ni otro concepto son claros, lo que revela el Derecho Penal como una ciencia jurídica atormentada, como señala Gustav Radbruch². En base a tales inexactitudes, y estando la teoría del delito ligada a la teoría de los fines de la pena, el sistema penal no es capaz de encontrar límites claros relacionados con la protección y el respeto de la persona, quedando perfilado de manera formal, idealista y, por tanto, peligrosa en un contexto democrático.

Esta observación preliminar provoca una reflexión sobre la legitimidad de la pena más allá de los universos de la dogmática y de la ley positivada, para buscar su sentido y racionalidad concretos, en el ámbito de una

¹ Texto correspondiente al resumen de las notas de la prueba oral realizada por la autora en el concurso público a la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de São Paulo en septiembre de 2017.

² RADBRUCH, Gustav. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 11.ª ed. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1964, p. 250.

determinada realidad político-social. Y de ahí surge una gran dificultad, ya que cualquier reflexión sobre la legitimidad del Derecho Penal tropieza invariablemente con la cuestión de la posibilidad de construir una racionalidad en relación con una ciencia menos ligada a su objetivo que a sus propósitos políticos. Tal dificultad queda bien ilustrada en la violencia y contradicciones que marcan la evolución histórica de las penas, la cual por eso mismo es considerada por Luigi Ferrajoli como «*más horrenda e infame para la humanidad que la historia de los delitos*»³.

En este punto, se requiere una desmitificación necesaria. Tradicionalmente se afirma que los cambios históricos por los que atravesaron las prácticas punitivas se dieron de forma evolutiva, en el sentido de cambiar los hábitos crueles de ejecución, como el que se relata al inicio de la obra de Michael Foucault,⁴ por penas más civilizadas, humanizándolos. En el marco de la Ilustración, sería así el principio de humanidad de las penas el que mejor distinga simbólicamente la ruptura con el terror absolutista, materializando la idea de la pena como límite a la intervención del Estado, incluida la garantía de su previsibilidad, lo que concuerda con el paso del hombre de la condición de súbdito a la de ciudadano⁵.

Sin embargo, continuando en la línea evolutiva, se observa una concepción de la pena que en verdad no corresponde propiamente a ninguna evolución⁶. En efecto, ¿cómo explicar las concepciones positivistas que siguieron a la Escuela Clásica a finales del siglo XIX como una mejora en materia de pena? Además, ¿cómo entender en sentido evolutivo el estado actual de la situación, en el que hay un retorno creciente a un carácter angustioso y cruel de las penas, abandonando al individuo como realidad empírica y fundamento del Derecho Penal en favor de un objetivo normativo de estabilización y respuesta simbólica a las más diversas demandas sociales?

En verdad, parece que la transposición de la arbitrariedad absolutista a una supuesta racionalidad liberal acabó con el tiempo y sus contingencias políticas al otorgar más legitimidad simbólica al Derecho Penal,

³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5.^a ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 385.

⁴ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 26.^a ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987, p. 9-10.

⁵ Sobre el tema, v. HOBBS, Thomas. *Diálogo entre un filósofo e un jurista*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.^a ed. São Paulo: Landy, 2004, p. 159, y, un siglo más tarde, BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 123.

⁶ En el mismo sentido, v. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro*. «Sursis», livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 19.

incluso para el mantenimiento de un sistema que abandona la crueldad de las penas solo en su vertiente formal. La pena privativa de libertad no es concretamente más humana que las penas corporales que históricamente ha reemplazado. Lejos de una mera evolución lineal, la teoría de la pena se desarrolla bajo un movimiento pendular característico del Derecho Penal en general, cuyo impulso alterno hacia una mayor libertad o un mayor autoritarismo no lo da la dogmática, sino que está políticamente condicionado. Por tanto, alejándose de la afirmación de una supuesta neutralidad científica en el ámbito penal, toda la experiencia histórica acumulada conduce a una mirada al menos sospechosa de la teoría de la pena, que exige una reflexión constante, a pesar de sus funciones manifiestas y sus promesas irreales de efectividad.

Vistos los presupuestos metodológicos de la discusión, es necesario volver a la célebre frase contenida en el Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán de 1966, según la cual «*la pena es una necesidad amarga en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres*». En un primer acercamiento, esta sentencia expone la idea de que, si bien las tendencias abolicionistas han señalado los problemas del sistema penal que insiste en el uso de sanciones tradicionales, no son capaces de superar dicho sistema, por no presentar respuestas alternativas, teniendo un carácter utópico y éticamente paternalista, como señala Jesús-María Silva Sánchez⁷. De ahí la observación de Luigi Ferrajoli de que la alternativa más adecuada al Derecho Penal es en él mismo, incluso si imperfecto, siempre que vaya acompañado de garantías individuales⁸.

Sin embargo, analizando más detenidamente la frase del Proyecto Alternativo del Código Penal alemán, se comprueba que traduce una aceptación resignada de la dogmática con relación a la pena, a pesar de sus contradicciones esenciales insolubles. El problema de tal interpretación auto-legitimada y conformista de la pena es que genera un razonamiento normativo que aleja las razones jurídicas de las razones y consecuencias sociales del acto estatal de punir, permitiendo el mantenimiento de una realidad cada vez más disfuncional y degradante.

Y si no hay mayor cuestionamiento sobre la previsión legal de las penas, en su aplicación concreta las dificultades se acumulan, ya que las consideraciones teóricas juegan un papel aún más secundario, dando paso a valoraciones estereotipadas y moralmente condicionadas. De hecho, y es imposible concluir que los jueces piensan en los fines de la pena como lo

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 20 y ss.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, cit., p. 342.

prescriben las teorías idealistas. Ante esta situación, hay que cuestionar el significado del desprecio dogmático por la pena, lo que aparentemente es una paradoja, ya que cualquier desarrollo de la teoría del delito debería tener como objetivo, en el final, llegar al destino correcto de la buena aplicación del poder punitivo, correspondiente, en los casos de condena, a la aplicación de una sanción justa.

En verdad, en materia de pena hay un fenómeno espantoso: siempre se afirma críticamente una gran desconexión entre la dogmática y la práctica penal, lo que quitaría a la primera su valor concreto, como instrumento para garantizar al ciudadano frente al poder punitivo del Estado. En el caso de las penas, de manera totalmente diferente, la dogmática juega un papel claro y perverso. No es que exista una coherencia entre los fines atribuidos dogmáticamente a la pena y su finalidad concreta. Lo que en realidad hace la dogmática es justificar formalmente una práctica judicial arbitraria, en la medida en que la camufla, bajo un supuesto manto de racionalidad, como supuesto marco legítimo para la aplicación de las penas.

Precisamente por eso, existe hoy una realidad carcelaria intolerable en Brasil, por la cual el país incluso ha sido condenado internacionalmente⁹. Tal realidad no materializa disfuncionalidades del sistema, como insisten en afirmar algunos dogmáticos del Derecho. Ese es el sistema. En otras palabras: la crisis económica o el subdesarrollo del Estado no tienen la culpa¹⁰. La culpa la tiene el propio Derecho, que intenta justificar una realidad deliberadamente arbitraria, cruel e inhumana. En este sentido, se cuestiona cómo es posible tal estabilización de un llamado «estado de cosas inconstitucional»,¹¹ en el ámbito de una sociedad democrática.

La insensibilidad social a la forma en que se aplican las penas es el reflejo de una situación de victimización, en el marco de un punitivismo que hace que la sociedad solo pueda cuestionar la sanción penal aplicada a un

⁹ En números absolutos, Brasil es el tercer país del mundo en número de presos, detrás de Estados Unidos y China. La tasa de encarcelamiento brasileño supera las 300 personas por cada 100.000 habitantes y sigue creciendo en un promedio del 7% anual. La tasa de ocupación de la prisión es del 167%, con malas condiciones generales de higiene, alimentación y salud, siendo el 61,6% de los presos negros y solo el 13% participó en alguna actividad educativa en 2014, según la Encuesta Nacional de Información Penitenciarias (INFOPEN).

¹⁰ Como también lo advierte GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

¹¹ De acuerdo con la expresión / tesis utilizada en el contexto de la decisión judicial de la ADPF 347, interpuesta por las numerosas violaciones de derechos humanos en el sistema penitenciario brasileño, ante la Corte Suprema. El origen del estado de cosas inconstitucional se remonta, sin embargo, a la Corte Constitucional de Colombia, que lo utilizó por primera vez en 1997, también en materia penitenciaria.

agente cuando excepcionalmente prevé su inocencia. El verdadero problema, sin embargo, es reflexionar críticamente sobre las penas impuestas a los agentes que de hecho son responsables de la comisión de delitos, pero no dejan de ser ciudadanos.

Considerando que el jurista no puede limitar su compromiso con la sociedad al análisis de las normas, independientemente de su aplicación, se opta por considerar la pena no solo como un instituto abstracto, sino fundamentalmente en el momento de su aplicación, discutiendo 3 cuestiones: *(i)* cuál es el sentido de la pena, desde el límite democrático del respeto a la persona y a la libertad; *(ii)* si el principio de individualización de la pena constituye un límite consistente para limitar la decisión judicial en su aplicación concreta; y *(iii)* cuáles deben ser los criterios para la orientación democrática de la aplicación de la pena con miras al individuo.

II. DESMITIFICACIÓN DEL DISCURSO TRADICIONAL SOBRE LAS FINALIDADES Y EL SENTIDO DE LA PENA EN EL CONTEXTO DEMOCRÁTICO BRASILEÑO

La dogmática penal continental de influencia germánica hace tiempo llegó a un consenso sobre los tres elementos que, solos o en combinación, conforman las diferentes teorías sobre la finalidad de la pena, a saber: retribución, prevención general y prevención especial. Para proceder con una muy breve digresión histórica del discurso jurídico de legitimación de la pena, es necesario considerar, sin embargo, que todo fin está ligado a una justificación. Entonces, junto a las finalidades de la pena, deben ser abordados sus fundamentos –culpabilidad y peligrosidad–, que están filosóficamente relacionados con distintas ideas del Derecho.

Una primera idea del Derecho es la de justicia, que en materia de pena podría entenderse como justicia igualitaria, en sentido distributivo. A partir de esta idea, se desarrollan las llamadas teorías retributivas, basadas en el libre albedrío y vinculadas a un juicio formal, sin buscar ningún tipo de argumento utilitarista de la pena, como se observa desde el sentido categorial de punición propuesto por Kant o desde la concepción del restablecimiento del orden jurídico perturbado por el delito, de Hegel.

Los problemas de adoptar esta idea de justicia igualitaria con relación al Derecho Penal se derivan fundamentalmente de su incapacidad para brindar una ecuación que haga mensurables las realidades heterogéneas del delito y de la pena, además de no traer otros objetivos que la represión

en si misma del delito¹². Por tanto, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, y a partir del énfasis de los Tribunales Constitucionales en la necesidad de subordinar el poder de punir a la demostración de su utilidad social concreta, las teorías retributivas comenzaron a ser en general despreciadas por la doctrina, tal como el ejemplo de los escritos de Ulrich Klug¹³ y de Claus Roxin¹⁴. En verdad, el único elemento racional a rescatar de la retribución es el principio regulador de mínima proporcionalidad de la pena, que no deriva propiamente de una finalidad retributiva, sino de la necesidad de contener la irracionalidad del poder.

La segunda idea de Derecho que puede influenciar en la determinación de la finalidad de la pena es la de seguridad jurídica, expresión polisémica que, por lo que nos interesa, designa el conjunto de condiciones que permiten a cada individuo confiar que los derechos y deberes que el sistema legal le asegura sean respetados. La idea de seguridad jurídica se relaciona así con un objetivo empírico de la pena de prevención general del delito, propio del individualismo liberal¹⁵.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, surgen, por un lado, teorías de prevención general negativa y, por otro, teorías de prevención general positiva. Las teorías de la prevención general negativa se construyeron principalmente a partir de las aportaciones de Feuerbach, Romagnosi y Bentham, midiendo la pena a partir de su ejemplo, cuya legitimidad es bastante cuestionable, ya que no establece límites al poder punitivo del Estado y busca su fundamento fuera del delito y del individuo concreto. Por otro lado, las teorías de prevención general positiva buscan reforzar simbólicamente la internalización de valores por parte de la sociedad, ya sea en el sentido de reforzar valores ético-sociales elementales, como

¹² En igual sentido, v. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La concreción judicial de la penalidad y su relación con el sentido de la punición. *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, mar. 2017, p. 4.

¹³ KLUG, Ulrich. Abschied von Kant und Hegel. In: BAUMANN, J. (hrsg.). *Programme für ein neues Strafgesetz*. Frankfurt am Maim: Fischer, 1968.

¹⁴ ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. Lisboa: Veja, 1998, p. 19. Es cierto que en la actualidad existe un movimiento de recuperación de la idea retributiva, ahora en una línea limitadora, en el sentido ético de admitir la pena únicamente en los casos de estricta ofensa a los bienes jurídicos esenciales de la persona, como hace Wolfgang Naucke. Este retorno a la retribución no parece aceptable, dada la exigencia de que el Derecho Penal siempre debe presentar alguna utilidad social en contrapartida a su violencia.

¹⁵ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La concreción judicial de la penalidad y su relación con el sentido de la punición, cit., pp. 5-6.

defiende Hans Welzel,¹⁶ o de proteger la conciencia social sobre la norma, como Winfried Hassemer,¹⁷ o la reafirmación simbólica del sistema social ante la desnormalización provocada por el delito, en línea con Günther Jakobs¹⁸.

Al igual que ocurre con la justicia distributiva, la aplicación de la idea de seguridad jurídica en la teoría de la pena falla en su misión más importante, que sería ofrecer un criterio claro para la configuración del sistema penal. Esto se debe a que no se trata, en la prevención general, de equiparar la pena a la proporción del delito, sino de equipararla según el miedo o la satisfacción de la sociedad, como si se pudiera situarla como una estructura basada en el consenso, lo que Durkheim ya había negado a finales del siglo XIX. Así, las teorías preventivas generales terminan utilizando al agente como medio para llegar al fin de calmar los ánimos intranquilos o promover el conformismo con la situación existente.

Finalmente, está la idea de la utilidad del Derecho, también llamada adecuación al fin, relacionada con la pretensión de que el Derecho, incluida la pena, cumple un objetivo útil para la sociedad, evitando que los delincuentes vuelvan a cometer delitos. Este objetivo está influido por el positivismo criminológico, que sustituye la culpabilidad por la peligrosidad como fundamento de la pena. Desde esta perspectiva, está, por un lado, la prevención especial negativa, que apunta fundamentalmente a la inocuización del condenado, lo que corresponde a uno de los enunciados del célebre Programa de Marburgo de Franz von Liszt, encontrando su aspecto más radical en el concepto de eliminación orgánica del delincuente, de Raffaele Garofalo. En ambos autores, aparece el ideal de defensa social y la no consideración de los derechos e intereses del individuo, considerado peligroso y, por tanto, enemigo social.

Las teorías de prevención especial positiva, a su vez, se centran en la rehabilitación del condenado, ideal que suena tentador como finalidad de la pena, pero que enfrenta varios problemas. El primero de ellos consiste en la imposibilidad de exigir al individuo en un contexto democrático pluralista un ajuste de personalidad de acuerdo con la ideología dominante. El segundo problema es la contradicción en la búsqueda de la resocialización

¹⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte General*. 11.ª edição. (4.ª edição castellana). Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

¹⁷ HASSEMER, Winfried. Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social. In: Mir Puig, Santiago (ed.). *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

¹⁸ *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

a través de la punición, ya que toda pena conlleva un estigma y una humillación. Precisamente por esta razón, las teorías «RE» (reeducar, resocializar, reintegrar) sufrieron un fuerte declive a partir de la década de 1970, cuando el trabajo de Robert Martinson («*What works? Questions and answers about prison reform*») concluyó que ninguna de las actividades de resocialización funcionó, incluso obligando a la conclusión de que la pena nunca puede tomarse como un bien para quienes la sufren. Y, en el contexto brasileño, es interesante notar que Tobias Barreto, siempre a la vanguardia del Derecho Penal, ya había renunciado en su tiempo al trabajo con lo que llamó el «tema ocioso de mejorar y corregir al criminal a través de la pena», convencido que, en sus propias palabras: «*el Derecho no comparte con la escuela y con la iglesia la difícil tarea de corregir y mejorar el hombre moral*»¹⁹.

El veneno más importante que inculca la finalidad de prevención especial, a través del *slogan* supuestamente positivo de la resocialización, es la peligrosidad como fundamento de la pena, conduciendo a una «pedagogía penitenciaria» arbitraria basada en la defensa social y a un Derecho Penal del autor. Y si el fundamento de la pena es la peligrosidad del individuo, con el fin de defender a la sociedad de la práctica de nuevos delitos, ya no tiene sentido lógico hablar de derechos del condenado durante la ejecución de la pena, sino de «beneficios» que el Estado puede otorgarle excepcionalmente. Esta imagen de la pena en la que el sistema absorbe el cuerpo no deseado para luego volver a incluirlo como parte integrante del sistema social se rediseña en el siglo xx, especialmente en Europa debido a las políticas del Estado Social²⁰.

Frente a las antinomias de las finalidades de la pena, surgen teorías mixtas, que mezclan elementos o momentos de las distintas teorías expuestas. Con relación a estas teorías, es importante señalar críticamente sus riesgos, ya que habilitan más fácilmente el poder punitivo, sonando mucho más a un intento retórico de legitimar la pena a cualquier costo que a una construcción racional, incluso porque pretenden unir ideas de

¹⁹ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. (Publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero). Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 179.

²⁰ Así, por ejemplo, el art. 25.2 de la Constitución Española establece que «*las penas están orientadas a la reeducación y reinserción social*». Asimismo, en la Constitución italiana, el art. 27 afirma que «*las penas deben estar orientadas a la reeducación del condenado*». Aunque nunca fue propiamente un Estado Social, Brasil fue influenciado por este aspecto. Así, la Ley de Ejecución Penal brasileña prevé la búsqueda de la reinserción social del condenado en el art. 1.º Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vinculante para Brasil, también establece en el art. 5.6 «*la reforma y readaptación de los condenados, como finalidad esencial de las penas privativas de libertad*».

Derecho que, como ya se ha visto, presentan importantes contradicciones entre ellas.

Una vez finalizada la rápida revisión de las teorías de la pena, hay que admitir que, en verdad, ninguna de ellas puede explicar coherentemente la realidad. Y parece lamentable que gran parte de la dogmática se limite a repetir tales teorías durante casi dos siglos de forma descriptiva. Es aún más lamentable ver que las teorías de la pena, de origen europeo, son importadas y ampliamente utilizadas en América Latina sin darse cuenta de la necesidad de una contextualización espaciotemporal del poder de punir y sus consecuencias. En el caso brasileño, ¿cómo se puede tratar de la pena sin tener en cuenta la conformación social racista y la evolución de la propia dinámica político-económica?

Ahora bien, según la teoría materialista de la pena de la Escuela de Frankfurt, todo sistema político-económico tiene tendencia a descubrir sistemas punitivos que corresponden a sus propias relaciones de producción. Entonces, la historia de la pena es la historia de la evolución de las estrategias de imposición de un orden social por parte de las clases hegemónicas, como lo recuerdan Alessandro Baratta,²¹ Dario Melossi y Massimo Pavarini²². Esta lógica económica tiene mucho sentido en el caso brasileño, como las penas aplicadas en el contexto histórico de la esclavitud, en el que el castigo corporal sirvió para preservar la fuerza laboral, mientras que la pena capital se aplicó frente a los ataques contra el propietario de esclavos y el sistema, en todo caso siempre acorde con la situación del mercado, como señala en sus obras Nilo Batista²³. Y esa misma lógica todavía parece aplicarse hoy. De hecho, como afirma Alessandro De Giorgi, en el sentido actuarial, «*trabajo excesivo, encarcelamiento desenfrenado*»²⁴.

Por todo lo expuesto, parece que se ha llegado a un callejón sin salida en cuanto a las finalidades de la pena. En cualquier caso, aún hay que intentar dar respuesta a la primera pregunta propuesta, sobre cuál es el sentido de la pena en el contexto democrático. Y ahí parece interesante volver a la famosa frase de John PRATT: «*El desarrollo social de los pueblos se demuestra por la forma en que reaccionan ante la delincuencia y*

²¹ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*. Introducción a la sociología jurídico-penal. Trad. Álvaro Bunster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 193 y ss.

²² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 209 y ss.

²³ BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, Julio-Septiembre 2006, p. 279 y ss.

²⁴ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 15-16, 51.

tratan a los delincuentes»²⁵. En una sociedad democrática, la respuesta al delito no es posible solo a través de la pena, y menos aún únicamente con la pena privativa de libertad. Hay que buscar respuestas integrales a problemas complejos. Por tanto, en el siglo XXI, ante los múltiples problemas antiguos y nuevos que perturban la sociedad, en el ámbito democrático, deberían flexibilizarse no las garantías individuales, sino las penas, en su juicio de necesidad y de prevención.

Así, la pena sólo puede asumir un legítimo sentido preventivo si esta prevención no está vinculada simbólicamente a la máxima eficacia posible, sino a la mínima prevención imprescindible. Esto significa desapego en el sentido de punición, es decir, la búsqueda siempre que sea posible de algo mejor que el Derecho Penal. Significa también tomar a la sociedad en su realidad desigual y, por tanto, no de consenso. Significa que las penas deben aplicarse mucho menos, que deben buscar diferenciarse de la prisión y que a veces no deben aplicarse. Por supuesto, esto implica cambiar todo el sistema penal, cuya columna vertebral sigue siendo la prisión, y abandonar un tabú, lo que es fundamental para hacer ver de nuevo el Derecho Penal no solo como un instrumento de defensa social, en el sentido eficientista, sino antes como instrumento de defensa de la persona y sus derechos fundamentales, comenzando por la libertad.

III. EL PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA COMO LÍMITE (IN) CONSISTENTE DE LA DECISIÓN JUDICIAL: CRÍTICA A LA INFLUENCIA DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO EN EL ORDENAMIENTO PENAL BRASILEÑO

La individualización de la pena, entendida actualmente como resultado del principio de humanidad de las penas y garantizada por la Constitución Federal brasileña en el art. 5, XLVI, implica que la sanción penal no está completamente predeterminada, permitiendo al juez cierta discreción para aplicar una solución justa a cada caso, entre el mínimo y el máximo legalmente previstos. En esta línea, la función del juez se revela como una instancia político-criminal esencial, por materializar la sanción en casos concretos. Sin embargo, el poder legítimamente conferido al juez no se confunde con el arbitraje y el principal mecanismo de control en este sentido es la motivación de las decisiones judiciales, como obra de razón.

²⁵ PRATT, John. *Punishment and Civilization: penal tolerance and intolerance in modern society*. London: Sage, 2002.

Pero tal requisito sólo cumple su objetivo de control cuando existen criterios claros sobre el objeto de la decisión judicial.

A pesar de la Reforma de la Parte General del Código Penal de 1984, que estableció el criterio de tres fases para la aplicación de la pena, aclarando formalmente el proceso, no existen directrices legales objetivas en Brasil ni criterios dogmáticos unívocos para orientar su aplicación concreta. De hecho, la apertura valorativa del art. 59 del Código Penal brasileño²⁶ lo convierte en un tipo penal peligroso, porque permite la discreción judicial. El mayor problema del juez no está en la identificación concreta de las circunstancias legales en el caso, sino en la propia necesidad de atribuir contenido o significado a estas circunstancias, como paso previo al proceso de valoración. Frente a estas dificultades, en la práctica se constata que la supuesta garantía de individualización de la pena acaba convirtiéndose en un instituto que trae daño al individuo, implicando muchas veces una punición más autoritaria. Se cuestiona, entonces, cómo es posible que una garantía individual se transforme en un instrumento punitivista.

En verdad, tal transmutación no se produce realmente, porque la individualización de la pena no nació en el plano teórico como garantía individual. Entonces, para comprender el sentido de la aplicación disfuncional de la pena en el Brasil de hoy, es necesario examinar la historia del sentido de la individualización de la pena en su ordenamiento jurídico.

En el Código Penal del Imperio de 1830, considerado como uno de los mayores códigos del mundo en su época por su claridad y precisión técnica, la aplicación de la pena estaba regulada teniendo en cuenta la concepción teórica de Escuela Clásica, según el cual, a partir de la idea del libre albedrío, la sanción penal debería tener un carácter determinado y estar previamente prevista por las leyes, a fin de proteger al individuo contra el poder del Estado. Desde esta perspectiva, prevalecía la idea de igualdad formal ante el Derecho.

Con el advenimiento de la República, surge el Código Penal de 1890, que muy diferente a lo que había sucedido con el Código anterior, pasó a denominarse «el peor Código de todos los tiempos», debido a sus supuestos fallos técnicos. Es curioso ver, sin embargo, que las bases del Código Penal de 1890 eran las mismas que las del Código Penal del Imperio. En

²⁶ Art. 59, CP: «El juez, teniendo en cuenta la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social, la personalidad del agente, los motivos, las circunstancias y consecuencias del delito, así como el comportamiento de la víctima, establecerá, según sea necesario y suficiente, para la reprobación y prevención del delito: I – las penas aplicables entre las impuestas; II – el monto de la pena aplicable, dentro de los límites prescritos; III – el régimen inicial para el cumplimiento de la pena privativa de libertad; IV – la sustitución de la pena privativa de libertad aplicada por otro tipo de pena, en su caso».

realidad, la mayor crítica al Código Penal de 1890 quizás no fue realmente la mala técnica, sino el hecho de que se fundaba en principios clásicos, cuando en ese momento los postulados positivistas ya estaban cobrando fuerza en Brasil²⁷.

De hecho, en el positivismo, surge la concepción del delincuente como ser diferente de los no delincuentes. Los delincuentes fueron, desde esta perspectiva, divididos en clases, en línea con Enrico Ferri, entre alienados, natos o instintivos, ocasionales y pasionales. A partir de esta concepción, surgió la necesidad de deconstruir el sistema penal comunitarista «a prueba de los jueces» de Beccaria y reconstruirlo a partir de la diferenciación de tratamiento de los delincuentes, considerando su peligrosidad, bajo una perspectiva determinista.

Por ello, el Proyecto de Código Penal de Sá Pereira, Evaristo de Moraes y Mário Bulhões Pedreira, de 1935, que representó el primer esfuerzo por superar el clasicismo del Código de 1890, adoptó, en la línea positivista, la técnica de clasificar a los delincuentes como un criterio a ser considerado por el juez en el momento de la aplicación de la pena, según la influencia del modelo del Código Penal italiano de 1930 y su célebre art. 133 que preveía los tipos criminológicos de agentes. Se empezó a vislumbrar la preponderancia del delincuente sobre el delito y, así, los criterios para determinar la pena eran fundamentalmente subjetivos, destacando la personalidad del delincuente, el peligro social que representa, los motivos de la comisión del delito y la categoría en la que se lo clasificaba. Si bien no se convirtió en ley, dadas las contingencias políticas que llevaron al Estado Novo, este Proyecto dejó importantes huellas positivistas que persisten hasta el día de hoy.

Finalmente, está el Código Penal de 1940, proyecto de Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz y Roberto Lyra, basado en la revisión del Proyecto de Alcântara Machado. El Código acogió la idea de individualización de la pena, en el marco del positivismo, incluso abandonando la clasificación de los delincuentes en favor de una sistemática totalmente individualizada por el juez. Así, junto al delito, se incluyeron criterios subjetivos en la individualización de la pena, de modo que la sanción se midiera perfectamente al condenado, a partir de las ideas de peligrosidad y defensa social como fundamentos para legitimar la intervención penal. La incorporación del postulado positivista de la desigualdad entre delincuentes y no delincuentes terminó institucionalizando un hecho que,

²⁷ Cf. ALVAREZ, Marcos Cesar. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista de Ciências Sociais*, n. 45, p. 692. No mesmo sentido, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Modernização do direito penal brasileiro*, cit., p. 196.

en el Derecho Penal clásico, era solo un incómodo efecto colateral de la pena: la selectividad del sistema. Y considerando que el que el recuerdo de la desigualdad impuesta por la esclavitud era muy reciente en este período, es fácil comprender por qué la sociedad brasileña se convirtió en un terreno tan fértil para el establecimiento de las concepciones positivistas²⁸.

Ahí encontramos el sentido real de la individualización de la pena, hija del celo clasificatorio inherente al positivismo criminológico, como criterio generalizador, exento de toda asociación con fines valorados, como es el contenido de la monografía de Raymond Saleilles «*L'individualisation de la peine*», de 1898. La individualización positivista nada tiene que ver con la concreción de la pena en el sentido de la exigencia de graduarla valorativamente según la gravedad del delito cometido por el agente, porque a final no trabaja con individuos, pero sí con generalizaciones naturalistas.

A partir de esta necesaria explicación histórica, es posible comprender por qué la aplicación de la individualización de la pena actualmente contradice el carácter garantista que determina la Constitución brasileña de 1988. De hecho, a pesar de la Reforma de la Parte General del Código Penal en 1984, que sustituyó expresiones contenidas en el art. 59, aún existe un modelo jurídico positivista en esta materia, lo que, por cierto, se desprende del texto de la Exposición de motivos de la Ley de Ejecución Penal, que menciona la importancia del examen de personalidad del agente al inicio de la ejecución de la pena como factor determinante del tipo de tratamiento penal, vinculando expresamente dicho examen a los criterios recomendados por Benigno Di Tullio, quien fue catedrático de Antropología Criminal en la Universidad de Roma y discípulo de Lombroso.

No es de extrañar, entonces, que en la aplicación de la pena en la actualidad, los jueces a veces tengan en cuenta una finalidad penal retributiva, a veces una concepción preventiva especial basada en la defensa social, sin preocuparse por las garantías individuales. En el análisis de los elementos del art. 59 del CP, y a pesar de todas las críticas de la criminología, la peligrosidad y el determinismo que la acompaña aún acechan la determinación de la pena, en un territorio de subjetividad judicial intangible. Las decisiones se apoyan en elementos irracionales, morales y prejuiciosos, como las expresiones: «*el imputado tiene personalidad delincuente*», «*culpabilidad acentuada, grave, desfavorable*», además de la frecuente aplicación de un intolerable *bis in idem* relacionado a la reincidencia y a los antecedentes del agente.

²⁸ Cf. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro*, cit., p. 224.

Acerca de la ejecución de la pena, especialmente en el caso de la privación de libertad, el desajuste entre los universos del *ser* y del *deber ser* es aún más llamativo. En este ámbito, el llamado ideal de resocialización generalmente no es promovido por el Estado, y en la práctica lo que se suponía ser un derecho del condenado se utiliza como impedimento para la conquista de la libertad. Es la famosa frase, que se ve en tantas decisiones judiciales: «*El condenado no se presenta lo suficientemente resocializado para tener derecho al “beneficio” alegado*». Finalmente, existen problemas de individualización con relación a las llamadas penas alternativas (restrictivas de derechos), las cuales son escasas y mal aplicadas. En verdad, dada su distorsión de sentido, con la erosión de su carácter resocializador, las penas restrictivas de derechos son vistas en el sistema brasileño como alternativas a la libertad, y no alternativas a la privación de libertad, representando una extensión de la red de control y punición del Estado.

Entonces, respondiendo a la segunda pregunta propuesta, sobre si el principio de individualización de la pena constituye, tal como se aplica hoy, un límite consistente para limitar la decisión judicial en la determinación de la pena, se puede concluir que no. La aplicación de la pena tiene como objetivo castigar y es absorbida por la idea de peligrosidad, que invade el terreno de la culpabilidad como una cuestión de verdad moral. Aquí, como señala Nelson Hungria en sus *Comentarios al Código Penal*, existe una conciliación póstuma entre Carrara y Ferri, es decir, un vínculo pragmático entre la escuela clásica y el positivismo, metodológicamente irreconciliable, que genera serios problemas. En resumen, la individualización de la pena en Brasil hoy no individualiza, sino masifica a los condenados.

IV. CONCLUSIÓN: POR UNA LECTURA DEMOCRÁTICA DEL PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Por todo lo anterior, parece necesario trasladar el péndulo del **Derecho Penal al otro lado, buscando una mayor protección para el individuo frente al poder punitivo del Estado. Para ello, hay que abandonar la idea de peligrosidad y volver a medir la culpabilidad** a partir de la idea de proporcionalidad sobre la cual ya trataba Beccaria. Ésta, por cierto, es la línea de la concepción neoclásica de la pena proporcional al hecho, que se centra en las características del delito y cuestiona la idea de que la pena puede medirse según pronósticos futuros o criterios morales. Por lo tanto, se debería leer el art. 59 del Código Penal a la luz del art. 3 de la Constitución Federal, para entender la expresión «represión» como un

requisito de que la sanción se rija por criterios de proporcionalidad y no de retribución, como señala Juárez Tavares²⁹.

Es necesario comprender, sin embargo, el significado que debe asumir esta proporcionalidad en un Estado Democrático de Derecho: no como proporcionalidad material, sino como proporcionalidad jurídica. Así, la proporcionalidad no representa un fin del Derecho Penal, sino solo la base para lograr sus propósitos. De ser así, se trata de gestionar la prevención, como finalidad de la sanción, fundamentalmente en beneficio del agente. Para ello, se debe aclarar que la culpabilidad es la culpabilidad del hecho, no del autor, y que debe asumir un carácter limitante, en el sentido de constituir una barrera para proteger al individuo frente al Estado con el fin de evitar su instrumentalización a favor de intereses preventivos³⁰.

En esta línea, sólo tendrá validez democrática el análisis de las circunstancias judiciales que se relacionan con la conducta típica imputada, es decir, aquellas que de alguna manera influyeron en el individuo en la dinámica de su conducta. Esto no significa, sin embargo, negar los elementos subjetivos relacionados con la vida del agente para la determinación de la pena, sino la necesidad de utilizarlos exclusivamente en el sentido funcional de reducir la sanción penal, incluso con el propósito de buscar alternativas menos desocializantes. Esto significa, entonces, que la pena en un Estado Democrático de Derecho puede aplicarse por debajo del mínimo legal e incluso dejar de aplicarse, en base a la consideración de su no necesidad según las circunstancias del caso concreto, en una visión extensiva del perdón judicial.

Finalmente, para reorientar democráticamente el principio de individualización de las penas, sería necesario realizar una completa reconstrucción del sistema sancionador, abandonando la privación de libertad como sanción penal por excelencia y otorgando autonomía y predominio de otras penas. En definitiva, se plantea que es posible aprovechar la individualización de las penas desde una perspectiva democrática, siempre que la determinación concreta de la sanción tome como referencia la protección de la persona, y no ideales de retribución o prevención general fundamentados en un modelo moral, orgánico e irreal de consenso social. Individualizar en el plano democrático consiste en tener en cuenta las diferencias.

Sin embargo, se debe reconocer la paradoja de tratar de lograr penas justas dentro de una sociedad injusta y admitir que la situación penal en

²⁹ TAVARES, Juarez. *Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro*, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 12.

³⁰ Cf. TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena*. In: *Cem anos de reprovacão*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

general en Brasil no es producto exclusivo de la forma positivista en la que aún se llevan a cabo las sanciones penales, y cabe señalar en este escenario varios otros factores más allá de la hipótesis judicial, como el propio proceso de criminalización primaria, la dinámica político-económica, la conformación social. Pero precisamente por la presencia de estos otros factores, el Derecho Penal no puede servir como un instrumento político para justificar un poder arbitrario, sino como una herramienta fundamental al servicio de los ciudadanos y su libertad.

Derecho y deber de detención como causas de justificación*

Diego-M. Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid

Dr. h. c. mult. Presidente de honor de la FICP**



*A mi muy querido compañero Ignacio Berdugo,
sumándome a este Liber amicorum por su 70.º aniversario
con la profunda amistad de tantos años,
sobre todo desde nuestra coincidencia en 1980 y 81
en la Universidad salmantina
y en testimonio de todo mi aprecio y reconocimiento
por su trayectoria universitaria y como penalista y persona*

I. ACTUACIÓN *PRO MAGISTRATU*, VÍAS DE HECHO, DERECHO DE DETENCIÓN DEL PARTICULAR

1. *Introducción*

SE CONOCEN CON EL NOMBRE de «actuaciones *pro magistratu*» (por, en lugar del magistrado) los casos en que el particular tiene derecho a actuar por sí mismo, incluso con vías de hecho, en lugar de la Justicia o, en general, de la autoridad que en principio sería competente; ello sólo sucede excepcionalmente y generalmente sólo se admitirá subsidiariamente, es decir, cuando no se puede conseguir a

* Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación RT12018-101401-B-I00, financiado por la AEI del Minist. de Ciencia, y que dirijo como investigador principal junto con la Prof. Dra. R. Roso en la Univ. de Alcalá, Madrid.

** Fundación Internacional de Ciencias Penales (www.ficp.es; contacto@ficp.es).

tiempo la intervención de la autoridad¹, dado que en los sistemas jurídicos modernos en principio el uso legítimo de la fuerza o violencia se reserva al Estado (monopolio estatal de la fuerza).

Bajo este planteamiento en la dogmática alemana se estudian fundamentalmente casos de derecho de autotutela o autoauxilio, de derecho de detención por particular o del derecho constitucional de resistencia², mientras que la doctrina española mayoritaria, sin el enfoque de la actuación *pro magistratu*, se suele concentrar en la inadmisibilidad de las «vías de hecho» y se limita a mencionar de pasada el derecho de detención³. Por otra parte, el estado de necesidad permite la actuación del particular frente a situaciones de conflicto pero efectivamente sólo de modo subsidiario respecto de la autoridad, mientras que la legítima defensa es un derecho que le corresponde directamente, y no subsidiariamente, al particular frente a las agresiones ilegítimas⁴; pero en cualquier caso la legítima defensa y el estado de necesidad constituyen causas de justificación específicas, distintas de la genérica de ejercicio del derecho.

¹ Consideran tb. que la subsidiariedad se exige por regla general en estos casos JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a, 1996 [PG, 5.^a 2014], § 35 IV 1 (AT p. 397; PG p. 585); KÖHLER, AT, 1997, 319. Yendo más lejos, ROXIN, AT, 3.^a 1997, § 17/22, 31 [PG, 1997, § 17 nm. 21, 30], considera la subsidiariedad exigencia conceptual de la actuación *pro magistratu* y por eso no encaja ahí la legítima defensa, y que algunos casos de autotutela que legalmente no requieren la subsidiariedad no son por esa razón actuación *pro magistratu* en sentido estricto.

² Cfr. ROXIN, AT, 3.^a 1997, § 17 nm. 22 ss. [PG, 1997, § 17 nm. 21 ss.]; KÖHLER, AT, 1997, 319 s.; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG, 1997], 16/16 ss. (hablando indistintamente de actuación *pro magistratu* o por delegación de la autoridad); JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a, 1996 [PG, 5.^a 2014], § 35 IV 1-4. JAKOBS y JESCHECK/WEIGEND mencionan tb. como derechos delegados por la autoridad las potestades de a bordo del capitán del barco y del comandante de la aeronave, añadiendo JAKOBS (16/27) las delegaciones por autoridades administrativas de actividades de ejecución a particulares, p.ej. a una empresa concesionario del servicio de la grúa municipal de retirada de vehículos.

³ Como excepción, aparte de mí mismo (LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.^a 2012/3.^a 2016, 25/41 ss.), trata dentro del actuar *pro magistratu* las vías de hecho y el derecho de detención MIR, en Adiciones a JESCHECK, DP, PG, 1981, 551 s. (ya no en MIR, PG, 5.^a 1998, 493 ss.; 10.^a 2015/16, 8/35 ss., donde sigue el planteamiento tradicional de la doc. española de centrarse en las vías de hecho); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 3.^a, 1998, 379; 10.^a 2019, 322 s., vinculan vías de hecho y actos *pro magistratu*, considerando como tales los actos realizados para ayudar a la Administración de Justicia (deber de denunciar, detención por particular) o como realización subsidiaria de la misma (medidas disciplinarias en el ámbito empresarial o militar, marina mercante, etc.).

⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.^a 2016, 23/40 ss., 63-65; 24/16 s., 30.

2. *Derecho de detención del particular*

Está regulado por los arts. 490 y 491 LECr. Según el art. 490: «Cualquier persona puede detener:/ 1.º Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo./ 2.º Al delincuente, «in fraganti»./ 3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena./ 4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme./ 5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior./ 6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente./ 7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía». Y es fundamental la previsión del art. siguiente, donde se aclara que basta la creencia basada en motivos racionalmente bastantes para tener derecho a la detención; en efecto el art. 491 LECr dispone: «El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior». Se trata, pues, de una causa de justificación que puede excluir (también) el desvalor del resultado si posteriormente resulta que efectivamente concurrían los presupuestos fácticos previstos por la ley —que el sujeto sea un delincuente, que se fuera a fugar, etc.—, o que se basa únicamente en la ausencia de desvalor de la acción como supuesto de riesgo permitido específicamente autorizado por la ley si *ex ante* era plenamente razonable y objetivamente fundada la creencia de que se daban tales presupuestos fácticos pero *ex post* resulta que no es así. Sobre las características de estos supuestos me he pronunciado ampliamente en otros lugares⁵. Hasta la supresión de las faltas en el CP por LO 1/2015 no cabía en principio derecho de detención por faltas, salvo en un caso excepcional previsto en el art. 495, que dispone: «No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle»; esta última mención a la autoridad o agente no significaba que sólo

⁵ He expuesto sus características y efectos desde LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales leg. def., 1978, 121-126; 2.ª 2002, 104-109; Leg. def. y estado de necesidad defensivo, en Cobo, dir., ComLP, V, 1985, 267 = mis EPen, 1991, 155; ADPCP 1994-3, 61 ss.; Caso fortuito, EJB, 1985, 950 ss.; Causas de justificación, EJB, 1985, 990 ss.; en Luzón/MIR coords., Causas de justificación y de atipicidad en DP, 1995, 33 ss. (21 ss.); Curso PG I, 1996, 575 ss.; Caso fortuito, Causas de justificación, en Luzón dir., EPB, 2002, 226 ss., 247 ss.; en CDJ 2006-7, 359 ss.; en CDJ, 2007-8, 403 ss. = RGDP 9, 2008, 1 ss. = RDP arg. 2008-I, 631 ss. = LH-Vives, 2009, 1189 ss. = LH-Figueiredo Dias II, 2009, 631 ss.; PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 21/4-7, 19-27, 25/8 s., 19 s., 28 s., 46 s., 66 ss., 76 s., 107.

estos pudieran detener por faltas y le estuviera vedado al particular, sino que éste podía detener al responsable de una falta sin domicilio conocido y presentarlo a la autoridad y entonces es ésta quien decide si presta o no fianza bastante para ponerlo en libertad. Sin embargo, ahora la regulación resulta unitaria para todos los delitos incluidos los leves al quedar sin contenido por la derogación de las faltas en 2015 esa previsión muy restrictiva de la posibilidad de detención por faltas en el art. 495 LECr⁶.

Para la práctica de la detención rige el requisito general de la necesidad de la actuación, causando el menor daño que sea imprescindible para inmovilizar, encerrar o reducir al detenido. Obviamente el derecho de detención autoriza a la privación de libertad y al empleo de la fuerza estrictamente necesaria en su caso para ello, pero no a causar la muerte ni lesiones importantes al detenido, a no ser que éste preste resistencia violenta o armada, que entonces constituirá una agresión ilegítima y autorizará a la legítima defensa para repelerla. Una vez practicada la detención, como a diferencia de la actuación policial no es función del particular la identificación o interrogatorio del detenido, el particular deberá ponerlo en el menor tiempo posible a disposición de la autoridad judicial o policial. Si se rebasan en cierta medida los límites de lo necesario en cuanto a los medios de violencia física o al tiempo de detención, habrá exceso intensivo del ejercicio del derecho y causa de justificación incompleta con su atenuación de la responsabilidad penal (arts. 21, 1.^a y 68 CP), a no ser que la insignificancia del exceso permita apreciar una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal⁷. Un rebasamiento total o absolutamente desproporcionado de dichos límites dará lugar a exceso extensivo, sin eximente incompleta alguna, igual que la práctica de una detención sin concurrir los presupuestos legales; no obstante, en este último caso se prevé un subtipo privilegiado de detención ilegal si el autor actúa con la finalidad de presentar a continuación al detenido a la autoridad (art. 163.4: «El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses»).

⁶ V. para una argumentación más detallada *infra* II 2 a.

⁷ El carácter de insignificancia o bagatela de un ilícito o injusto puede darse no sólo por mínimo desvalor del resultado o desvalor objetivo o subjetivo de la acción de la acción al examinar el tipo positivo, sino también por concurrir incompleta una causa de justificación, pero siendo mínima la ausencia de algún requisito o ir unida a alguna otra atenuante que disminuya el grado de injusto. Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc DP, PG, 3.^a 2016, 20/40-42.

II. DEBERES LEGALES Y FACULTADES DEL CARGO PÚBLICO. EN PARTICULAR EL DEBER DE DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD Y SUS AGENTES

I. DEBERES LEGALES DE CARGOS PÚBLICOS

Existen, además de los derivados de la obediencia a órdenes obligatorias de superiores jerárquicos, que constituyen obediencia debida como subespecie de la causa de justificación de cumplimiento del deber⁸, múltiples deberes legales impuestos a autoridades y cargos públicos que pueden incidir en bienes jurídicos ajenos y realizar hechos en principio típicos. P. ej. los deberes judiciales de hacer justicia en todos los órdenes jurisdiccionales, dictando cuando sea lo justo sentencias condenatorias, pero también en ocasiones autos acordando medidas provisionales personales o reales, que a veces son facultativas, pero a veces obligatorias (p.ej. según el art. 494 LECr ordenar la detención provisional es obligatorio para el juez o tribunal en los supuestos del art. 492, la prisión provisional es obligatoria cuando el juez la considere absolutamente necesaria para asegurar alguno de los fines del art. 503.1, 3.º LECr, pero la propia ley la impone en todo caso como obligatoria en el supuesto del art. 503.1, 3.º a, párr. 3.º), los deberes paralelos del Ministerio Fiscal de defender la legalidad y promover la persecución de delitos, los deberes militares de combatir y hacer uso de las armas contra acciones del enemigo, los deberes de las autoridades y funcionarios penitenciarios de asegurar el cumplimiento de la privación de libertad de los internos y otros múltiples deberes conexos, los deberes de autoridades sanitarias de preservar la salud pública ordenando en ocasiones el internamiento y tratamiento de enfermos contagiosos o posibles infectados, los deberes de autoridades urbanísticas de ordenar la paralización y en ocasiones la demolición de construcciones ilegales, etc., además de los múltiples deberes del ejercicio del cargo policial, de los cuales dedicamos a continuación un apartado especial (2.) al deber de detención. En tales casos, si rige el principio de oportunidad, que el art. 5.2.c) LOFCS de 1986 impone a la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad, éste sólo

⁸ V. al respecto CEREZO MIR, Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia, REP 173 1966, 319 ss. (= Problemas fundamentales del DP, Madrid, Tecnos, 1982, 207 ss.); La exigente de obediencia en el CP español, LH-Fernández Albor, 1989, 175 ss.; Curso DP español, PG, II, 6.ª 1998, 304 ss.; DP, PG, 2008, 623 ss.; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, La obediencia jerárquica en el DP, Valparaíso, Edeval, 1969; QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida en el CP. Análisis de una causa de justificación (art. 8,12.ª CP), Barcelona, Libr. Bosch, 1986; LUZÓN PEÑA, Lecc DP, PG, 3.ª 2016, 25/113 ss.; Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, LH-Bajo, 2016, 243 ss.; Obediencia debida como causa de justificación: la discusión sobre sus requisitos, LH-Queralt, 2021; MIR, DP, PG, 10.ª 2016, 18/58 ss.

puede afectar al cómo o al cuándo de la actuación, pero no a si se ejecuta la misma, que es obligada, salvo que excepcionalmente entre en colisión con un deber de rango superior.

2. *El deber (o en su caso derecho) de detención por un cargo público*

La **detención** de particulares relacionados real o presuntamente con la comisión de delitos (o a veces algunas otras infracciones legales graves, como las de circulación), su investigación, persecución o castigo es un deber legal de ciertas autoridades, las de la Justicia o las policiales, que deben ordenar su práctica con los requisitos y limitaciones legales (art.17 CE, LECR, LExP, L 23/2014, 20-11, de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, que desde L 3/2018, 11-6, regula totalmente la orden europea de detención y entrega, derogando la anterior L 3/2003, 14-3, etc.), pero también la práctica de tal detención es un deber del cargo de los agentes de la autoridad, de la policía judicial y gubernativa; no sólo deber de cumplir las órdenes o mandatos legítimos de la autoridad –obediencia debida–, sino también un deber legal directo en los supuestos previstos en los textos legales correspondientes.

a) Presupuestos del deber de detención

Aparte de los deberes derivados directa o indirectamente de la legislación policial antes mencionada, y de otra legislación especial, como entre otras la de seguridad ciudadana (LOPSC, a la que a continuación se aludirá) y la normativa de circulación y seguridad vial, están los deberes de detención derivados fundamentalmente de lo dispuesto en los arts. 492 ss. LECR, que prevén un catálogo más amplio de supuestos que en el derecho de detención del particular del art. 490. En esos diversos preceptos legales se establecen los supuestos en que hay obligación de detener, es decir los presupuestos de tal deber, que son el requisito básico o esencial para la detención, sin el cual ésta estaría totalmente injustificada, y por ello no cabe eximente completa ni incompleta. Y al ser totalmente ilegal la detención, es el supuesto más claro en que el ciudadano o su abogado puede reclamar el derecho de *habeas corpus* ante el juez, garantizado en el art. 17.4 CE («La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente») y desarrollado por la LO 6/1984, de 24-5, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».

Según el art. 492 LECR: «La autoridad o agente de policía judicial tendrá obligación de detener:

- 1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.
- 2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.
- 3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.
- 4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes:
 - 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.
 - 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él».

De estas reglas se desprende que la autoridad o el agente de policía judicial tiene la obligación de detener no sólo en los casos en que el art. 490 LECR se lo permite al particular (a quien está cometiendo un delito en ese momento, al delincuente *in fraganti* o en los casos de fuga o rebeldía), sino también a todo imputado por delito castigado con pena de prisión superior a tres años (la prisión correccional equivalía a la antigua prisión menor, y ésta equivale hoy según DT 11^a.1 d CP a prisión de seis meses a tres años) y, en caso de estar imputado por delito de menor gravedad o de ser racionalmente sospechoso de haber participado en él, sólo cuando haya riesgo presumible de incomparecencia al proceso. Hay que insistir en que, aunque algunas opiniones lo pasan por alto, ello rige también en el n.º 4.º del art. 492, es decir para el sujeto todavía no procesado pero sospechoso, pues el n.º 4.º lo primero que requiere es «que estuviere en el caso del número anterior» y en el n.º 3.º se exige que haya riesgo de incomparecencia judicial.

Aparte de ello, de las múltiples previsiones, sobre todo procedimentales, de cómo hay que proceder con el detenido contenidas en los preceptos siguientes, hay que destacar aquí una que hasta la supresión de las faltas en el CP en 2015 afectaba también a los presupuestos tanto de la detención

realizada por los funcionarios como de la realizada por particulares: el art. 495, según el cual «no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle»; por tanto, en estos segundos casos en que la autoridad o su agente podían detener por faltas, ello ya no era un deber sino una facultad que dependía del juicio discrecional de si la fianza que preste el sujeto es bastante para asegurar que comparecerá en el procedimiento. Sin embargo, como ya hemos visto *supra* I 2. respecto del particular, ahora la regulación también resulta unitaria respecto del funcionario como deber de detención para todos los delitos incluidos los leves al quedar sin contenido por la derogación de las faltas en 2015 esa previsión muy restrictiva de la posibilidad de detención por faltas en el art. 495 LECr. Si la voluntad legal hubiera sido la de que las limitaciones previstas anteriormente en dicho precepto se aplicaran ahora a la detención por delitos leves, nada habría sido más fácil que decirlo expresamente en el art. 495 LECr sustituyendo «faltas» por «delitos leves», lo que no se ha hecho ni en la propia LO 1/2015 de reforma del CP ni en ninguna reforma posterior. En una palabra, los delitos leves son «delitos», igual que los restantes y rigen por tanto para ellos las reglas de los arts. 490-494 LECr, y el anterior art. 495 es un precepto sin contenido y por tanto derogado⁹.

Por otra parte, ya en el art. 20 de la anterior Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana: LOPSC de 1992¹⁰ y hoy en el art. 16 LOPSC de 2015 se prevé otra modalidad de detención policial facultativa, aunque

⁹ Y no cabe argumentar que la DA 2.^a LO 1 /2015 en su inciso final decía que «las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves» y que el art. 495 obviamente es un precepto de una ley procesal. Pues, como destaca DE LA MATA BARRANCO, Detención policial por comisión de delitos leves, <https://almacenedderecho.org>, 27-7-2015, 23, la rúbrica de la cit. DA 2.^a es «Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves», lo que induce a entender que la afirmación está pensada sólo para esto y no para la práctica de detenciones por esos delitos; así lo ha entendido también la Circular 1/2015 de la FGE sosteniendo que la DA 2.^a afecta únicamente a los arts. 962 (962.1) ss. LECr, y por tanto no a sus arts. 490 ss. Y añade DE LA MATA con razón que no sólo las faltas se han convertido en delitos leves, sino que tras la reforma de la LO 2015 también son delitos leves algunos que hasta ese momento eran delitos menos graves y permitían por tanto la detención, de modo que el actual delito leve no equivale siempre a la anterior falta.

¹⁰ Dicho precepto disponía:

«Artículo 20. 1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección

a veces puede ser obligatoria, la detención para identificación, que lleva a cabo la policía en sus funciones de indagación, prevención y protección de la seguridad, tanto en la vía pública o en el lugar del requerimiento, como trasladando al detenido a dependencias policiales, en este último caso según el ap. 2 para impedir la comisión de un delito [o falta, antes de la derogación de éstas] o sancionar una infracción administrativa¹¹. Estas disposiciones se complementan con los controles policiales previstos en los arts. 17 a 20 para restringir el tránsito o permanencia en la vía pública o para comprobación, identificación, registros o cacheos ante supuestos de existencia o peligro de alteración de la seguridad ciudadana o pacífica convivencia o de comisión de determinados delitos, especialmente los graves (antes en el art. 19.2 LOPSC 1992 para identificación, registros y cacheos para el descubrimiento y detención de los partícipes en delitos que causen grave alarma social)¹². Estas formas de detención se conciben en principio como potestativas, es decir como una facultad policial, pero cuando se trate de impedir un hecho delictivo o cuando se compruebe que el identificado ha participado en delito, hay que entender que la detención se convierte en un deber. Igual ocurre con la detención momentánea de conductores para someterlos a controles de alcoholemia prevista en la legislación de circulación y cuya negativa está sancionada en el art. 383 CP.

de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito [o falta, antes de la derogación de éstas], o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañaren a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.

4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

¹¹ Igual ya en el art. 20.2 LOPSC 1992. De modo muy discutible y que no comparto, la STC 341/1993 consideró que esta figura no es una detención, en la modalidad de requerimiento para identificación in situ porque no hay siquiera privación de libertad, al ser ésta mínima, y en la realizada en dependencias policiales sí hay privación de libertad y rigen las garantías del art. 17 CE, pero no es detención.

¹² Sobre todas las modalidades de detención para identificación cfr. QUERALT, Introducción a la Policía Judicial, 3.^a 1999, 70 ss.

En las diversas hipótesis que son presupuesto del deber (algunas veces facultad) de detención policial la norma, especialmente la LECr, prevé que tal cumplimiento del deber opere como *causa de justificación sólo de la acción* en muchos de estos casos¹³. Es decir, junto a los supuestos en que la justificación supone también ausencia de desvalor del resultado, porque *a posteriori* se comprueba que el detenido era efectivamente responsable de un delito o que efectivamente iba a fugarse o a no comparecer judicialmente, en la mayoría de las hipótesis para la norma legal basta con que el funcionario obre en una creencia racionalmente fundada *ex ante* (empleo de la diligencia objetivamente debida y ausencia por tanto de toda imprudencia) de que concurren los presupuestos objetivos del deber de detención, aunque *ex post* resulte que no concurrían tales circunstancias y por tanto haya desvalor del resultado: así en el 492, 1.º, deber de detener al que se encuentre en cualquier caso del art. 490, que a su vez remite al 491 (obrar «en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer» que el detenido estaba comprendido en alguno de los casos del 490); 492, 3.º: que los antecedentes del sujeto o las circunstancias del hecho «hicieren presumir» que no comparecerá judicialmente, y según el párrafo segundo de este n.º 3.º se exceptúa si el sujeto presta fianza bastante «para presumir racionalmente» que comparecerá; 492, 4.º, que se remite a los supuestos del n.º 3.º.

b) Requisitos

Cuando se dan los casos legalmente previstos para la detención, ésta debe cumplir además los debidos requisitos de necesidad y proporcionalidad de su forma de ejecución, plazos y otras garantías para el detenido.

Estos requisitos son inesenciales, por lo que su incumplimiento normalmente daría lugar a la atenuación por la eximente incompleta (arts. 21, 1.ª y 68), pero en las detenciones practicadas por funcionarios el CP ha seguido un sistema peculiar que concede una atenuación mayor que la de la eximente incompleta: prevé un tipo mucho más grave con dos variantes dentro del Capítulo general de las detenciones ilegales y secuestros (Cap. I del Tít. VI, de los delitos contra la libertad), en el art. 167.1 para las detenciones cometidas por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito y en el 167.2 a) para cualesquiera detenciones por autoridad o funcionario que no reconozca la

¹³ Sobre sus características y efectos cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 25/8 s., 19 s.; además de todos los lugs. cit. *supra* n. 5.

privación de libertad u oculte la detención o paradero del detenido, imponiendo en su mitad superior o hasta la pena superior en grado la prisión de las detenciones ilegales normales y además inhabilitación absoluta de 8 a 12 años, y en cambio, dentro de los delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales (Cap. V del Tít. XXI) prevé unos tipos privilegiados en los arts. 530 y 531 para las detenciones por funcionarios en los casos legales pero sin cumplir los debidos requisitos y garantías, sancionando el art. 530 sólo con inhabilitación a «la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales» y sancionando el 531 sólo con suspensión si en el mismo caso se violan los plazos o garantías en la incomunicación del detenido, preso o sentenciado (además el art. 532 castiga la comisión de esos hechos por imprudencia grave).

En cuanto a la *forma de ejecución inicial* de la detención, rige el mismo requisito general de la necesidad de la actuación, causando el menor daño que sea imprescindible para inmovilizar, encerrar o reducir al detenido, igual que en el derecho de detención del particular (*supra* I.2), pero además rigen los requisitos particulares de adecuación, oportunidad (en cuanto al momento, no en cuanto al deber) y proporción que limitan la actuación policial según el art. 5.2.c) LOFCS, pero que según el art. 5.2.d) permiten el uso de las armas ante agresiones ilegítimas graves, con grave riesgo para la vida o integridad física o para la seguridad ciudadana¹⁴.

Respecto de *plazos*, el art. 17.2 CE dispone que «la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial» (ello deroga respecto de la detención policial el plazo de 24 horas que marca la redacción literal del art. 496 LECr). No obstante, como excepción el art. 55.2 CE señala que «una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas», y efectivamente el art. 1 de la LO 4/1988, de 25-5, modificó la LECr de modo que ahora su art.

¹⁴ Sobre ello cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.^a 2016, 25/88-93; MIR, DP, PG, 10.^a 2016, 18/21 ss.

520 bis prevé en su ap. 1 que el plazo de detención por delitos terroristas o de rebelión pueda prorrogarse hasta 5 días (72 horas más posible prórroga de 48 horas más).

Otras *garantías* para el detenido se prevén en la Constitución y las leyes. Así establece el art. 17.3 CE: «3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca». Estas garantías son desarrolladas y complementadas sobre todo en los arts. 493 ss. y 520 ss. LECr y en la LO 14/1983, de 12-12, que desarrolla el art. 17.3 CE en materia de asistencia letrada al detenido y al preso.

La pena y su ejecución en Dorado Montero

Ricardo M. Mata y Martín
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid



I. ALGUNOS DATOS DE PEDRO DORADO MONTERO (1861-1919)

HABÍA NACIDO EN EL ÁMBITO DE UNA FAMILIA de origen humilde, en la provincia de Salamanca. Vió la luz en la aldea de Navacarros una población de la Sierra de Béjar en el año 1861. Las controversias sobre su exacta fecha de nacimiento y sobre su nombre y apellidos no parecen tener mayor interés. En esos parajes agrestes de robledales es donde sufre un accidente que tendrá gran influencia en su personalidad y en la forma de encarar todo su quehacer. Sabemos que en esta primera etapa de su niñez sufrió la caída de un carro que le dejó cojo y manco de sus extremidades del lado derecho¹. Quizás este impedimento para dedicarse a las tareas físicas del campo hiciera que buscara los estudios como salida natural.

Después de los estudios primarios en la comarca de Béjar, en un ambiente racionalista pero de ferviente espiritualidad cristiana, pasa a la Universidad de Salamanca en 1878. Allí entró por primera vez con un sentimiento de emoción y recogimiento que no había experimentado con anterioridad ni volvería a sentir después². Se inicia así una segunda etapa en su formación intelectual en la que va a recibir el impacto especialmente del pensamiento Krausista. En 1882 ya había concluido sus estudios de la Licenciatura en Filosofía y Letras de forma que lo mismo sucedió con su titulación en Derecho pero ya en 1883. De su época de los estudios de

¹ ANTÓN ONECA, J. *La utopía penal de Dorado Montero*. Universidad de Salamanca 1951, p. 15.

² VALLS, F.J. *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero*. Granada 1971, p. 84.

Derecho guardaba una gran admiración por Mariano Arés y Sanz, profesor de Metafísica, y a quien se consideraba un Krausista. Entre 1883 y 1885 se instala en Madrid con el fin de realizar el doctorado en la Universidad Central. Durante su estancia en la capital del reino iniciará su amistad con Francisco Giner de los Ríos y el contacto con el grupo de la Institución Libre de Enseñanza que aquél supo aglutinar y apadrinar. Institución a la que propiamente Dorado no perteneció ni como discípulo, ni como socio ni tampoco como maestro³. Al final de esta breve etapa madrileña Dorado consiguió el nuevo grado universitario.

Otros dos años, los posteriores al doctorado, se desplaza a Italia becado, como sucedió ya antes, por la Junta de Colegios Mayores de Salamanca. Realiza una estancia de ampliación de estudios en el Colegio Mayor San Clemente de Bolonia, fundamental en sus derroteros personales y académicos, dando lugar a su tercer periodo de formación intelectual en el que recibirá nuevos influjos. El contexto de su presencia en Italia resulta muy singular, el momento de eclosión de la Escuela positiva italiana, de los inicios de la criminología. Es el surgimiento de una nueva escuela con Lombroso, Ferri y Garófalo al frente, que marcará una época de grandes novedades y controversias para la ciencia penal. La nueva doctrina se concibirá a sí misma como un giro hacia la prevención penal y la defensa social frente a lo que consideran la doctrina penal clásica anclada en conceptos metafísicos y en la retribución moral mediante la pena.

A la vuelta a Salamanca ya permaneció en su institución universitaria hasta el final de sus días y en la que, por tanto, llevó a cabo, toda su obra. No obstante sí que se sabe que estuvo a punto de ocupar la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Valencia que había obtenido y a la que renunció en el último momento. También estuvo en disposición de acudir tanto al Instituto de Reformas Sociales como a la Escuela de Criminología, ámbitos en los que tampoco participó finalmente⁴. Por la correspondencia conservada sabemos que Dorado Montero estuvo entre los que se pueden calificar como inspiradores de la mencionada Escuela, junto a Giner de los Ríos⁵. En estas cartas con Salillas se percibe claramente su influencia en el programa de estudios así como en la selección del profesorado para el nuevo centro de formación del personal penitenciario. En las dos últimas instituciones estaba presente Rafael Salillas, siendo fundador y director de

³ ANTÓN ONECA, J. *La utopía penal de Dorado Montero*. Universidad de Salamanca 1951, p. 17.

⁴ Lo conocemos gracias a la documentación epistolar que cita VALLS, F.J. *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero*. Granada 1971, p. 99.

⁵ Así lo apunta SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G. *Pedro Dorado Montero, un penalista salmantino*. Junta de Castilla y León 1990, p. 143 y ss.

la última citada. Salillas podemos considerarlo como el primer criminólogo español y de hecho se le suele clasificar en el ámbito ideológico del positivismo criminológico.

A la hora de fijar los presupuestos doctrinales de la extensa obra de Dorado existen ciertas coincidencias, pero también ciertos desajustes en las apreciaciones de los autores que han estudiado su persona y obra. En la triple dirección de sus influjos intelectuales que hemos visto indica ANTON, primero su marcado espiritualismo cristiano de los años más juveniles, después el krausismo-correccionalismo del periodo universitario tanto en Salamanca como durante el doctorado en Madrid para, finalmente, recibir los impulsos del positivismo con su llegada a Italia. Son distintas corrientes que en la mayoría de los casos, se indica, nuestro autor intentó conciliar. Por eso, como expresión de esa combinación de distintos elementos, algunos señalan que trató de poner al día el correccionalismo o bien que se trataba de un positivista crítico.

CUELLO CALÓN, que había sido alumno suyo en Salamanca, culminaba con el propio Dorado Montero la referencia a la evolución de la ciencia penal en España en la cuarta edición de su manual de Derecho penal de 1937. «Cerramos este estudio con la magistral figura de Dorado Montero, nuestro primer penalista, que partiendo de un hermanamiento de las teorías correccional y positiva ha llegado en su última posición científica a concebir el Derecho penal como una variedad de la Pedagogía correccional, desprovisto por completo de un sentido represivo y doloroso, animado puramente por un espíritu de protección y tutela para los desgraciados, débiles y necesitados de amparo que son los delincuentes»⁶. También señala esta reunión de distintos elementos a la hora de establecer los presupuestos de la orientación de Dorado Montero, JIMÉNEZ DE ASUA⁷. «De este entronque de correccionalismo y positivismo surge la doctrina de Dorado Montero, que es la verdadera escuela penal española». La idea de la corrección le vendría del Krausismo y escuela española, así como el positivismo de los maestros italianos de su estancia en Bolonia.

En el caso de ANTON ONECA⁸, al referirse a la orientación doctrinal de Dorado, la perspectiva es más incierta sobre la posibilidad de articular los diversos elementos sobre los que se construía su orientación penal pues entiende que «La educación científica de Dorado estuvo escalonada en tres etapas, que formaron en su mente estructuras, de difícil soldadura». Ve en el autor salmantino un continuador de la escuela correccional

⁶ *Derecho Penal. Parte General*. Bosch 1937, p. 165.

⁷ *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Losada 1964, p. 878.

⁸ *La utopía penal de Dorado Montero*. Universidad de Salamanca 1951, p. 16,

española debido al amor a sus maestros, aunque correccionalista a medias ya que el presupuesto de las sanciones al infractor no será su responsabilidad sino su peligrosidad social, con la idea de poner al día a esta corriente de pensamiento penal. El positivismo anidó en su espíritu después de su estancia en Bolonia. De las dos grandes orientaciones del mismo, la rigorista y la humanitaria, Dorado se sumó a la rama más benévola en la forma más audaz⁹. El positivismo y el nacimiento de la criminología fundaban una gran expectación y razonable optimismo para el futuro de las sociedades y el problema de la criminalidad. Pero «Los hombres del siglo XIX, esperanzados en el progreso en línea recta, no podían prever que el curso sinuoso de los acontecimientos históricos reservara en un porvenir próximo los campos de concentración»¹⁰.

Hay quien entiende que el pensamiento penal de Dorado supone una original síntesis de las corrientes penales de los años de tránsito entre los siglos XIX y XX¹¹. Por una parte resulta fundamental el correccionalismo pero también la moderna orientación de la antropología-psiquiátrica, asimilando de esta manera algunos de los avances de la psicopatología pero manteniendo siempre los principios básicos del correccionalismo.

En su personalidad tanto humana como científica sobresalen dos cualidades, bien la de la austeridad como igualmente la gran voluntad que poseía. Una gran austeridad de vida con una dedicación intensa al trabajo y a su familia pero también una férrea voluntad¹². Esa fortaleza de ánimo, pese a una salud quebradiza casi desde el principio era la que le hacía superar las dificultades que sus carencias físicas desde el accidente infantil le ocasionaban. Se trataba de una fuerza de tal magnitud que se pudo decir que era una «voluntad que le salía por los ojos»¹³. En su amplia obra se analiza detenidamente lo concerniente al delito, el delincuente y la pena. Pero delito y delincuente terminan por desaparecer, no les concederá existencia.

⁹ ANTÓN ONECA, J. *La utopía penal de Dorado Montero*. Universidad de Salamanca 1951, p. 39 y ss.

¹⁰ ANTÓN ONECA, J. *La utopía penal de Dorado Montero*. Universidad de Salamanca 1951, p. 35.

¹¹ SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G. *Pedro Dorado Montero, un penalista salmantino*. Junta de Castilla y León 1990, pp. 131 y 140.

¹² «Los polos de su vida eran la cátedra y el hogar», dirá JIMÉNEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Losada 1964, p. 875. Autor que destaca su avidez por seguir aprendiendo, su prédica reformadora que hace que se pronuncie contra la pena en sentido clásico así como los diversos dramas a los que tuvo que enfrentarse durante su vida.

¹³ MALDONADO DE GUEVARA, F. Apéndice «Evocación de Dorado Montero», en ANTÓN ONECA, J. *La utopía penal de Dorado Montero*. Universidad de Salamanca 1951, p. 89.

La pena resultará, sin embargo, decisiva, ese será su auténtico interés, pero ahora ya no como venganza o castigo. En una apretada síntesis se pueden presentar sus ideas básicas sobre la pena de acuerdo a algunas de sus obras fundamentales y los contenidos que se extraen de las mismas.

II. EL REFORMATARIO DE ELMIRA

En su acercamiento al sistema penal va a incidir en lo que considera una crisis profunda del mismo, particularmente en lo que toca a la función de la pena¹⁴. Las penas, incluso o particularmente las más leves (como sucedió anteriormente con las graves y atroces), se encuentran atravesando un largo proceso de desgaste en los países civilizados. En el mejor de los casos las penas a estas alturas resultan perfectamente inútiles o bien incluso nocivas. Los legisladores establecen regulaciones sobre la ejecución de las penas pero sin preguntarse sobre la finalidad que deban alcanzar, por lo que el cumplimiento de las mismas se hace a ciegas, sin objetivo alguno. Pero frente a esta situación un fuerte movimiento de reforma comienza a hacerse notar en el terreno penal. En el ámbito doctrinal, pero también en el de su puesta en práctica, empiezan a tomarse en consideración fines utilitarios y otros considerados secundarios hasta el momento. «Y de todos los fines considerados como secundarios, el que ha sobrepujado á los demás ha sido el de la corrección y mejora del reo»¹⁵.

Para el estudio de este movimiento de reforma presta su atención a una institución particular de los Estados Unidos a la que dedica un estudio monográfico. Se revela así el reconocimiento que le merecen los penalistas anglosajones y, en particular, la labor que venía realizando la *Howard Association*, heredera de aquella de los inicios de los sistemas penitenciarios¹⁶. Hacia finales del siglo XIX, en sus últimos años publica el trabajo *El reformatorio de Elmira*, subtulado también *Estudio de Derecho penal preventivo*. Aunque se edita sin fecha probablemente data del año 1898 y en el mismo analiza esta institución de reforma penal que se haría célebre y que para el profesor de Salamanca vendría a encarnar ese cambio transcendental del sistema penal y de la ejecución de la privación de libertad.

¹⁴ Señala la importancia de este punto de partida de la crisis de la Administración de Justicia penal PASCUAL MATELLÁN, L. *Pedro Dorado Montero: vida y obra de un pensador heterodoxo*. Ediciones Universidad de Salamanca 2019, p. 252 y ss.

¹⁵ *El reformatorio de Elmira. Estudio de Derecho penal preventivo*. Madrid, La España Moderna, s/f, p. 14.

¹⁶ Como indica SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G. *Pedro Dorado Montero, un penalista salmantino*. Junta de Castilla y León 1990, p. 138.

Da cuenta de la creación en el Estado de Nueva York de esta singular institución animada con propósitos de mejora y que elude todo elemento de castigo. Las leyes penales del Estado señalan la nueva dirección de un Derecho penal preventivo por el cual la Administración de Justicia penal está encaminada a la reforma del delincuente. Se admira de cómo los mismos estatutos legales definen la consecución de tales fines de reforma, que según la norma se produce cuando exista «la razonable probabilidad de que el prisionero, vuelto a la vida libre, obrará de modo que no viole las leyes».

En la monografía el autor aborda un buen número de aspectos sobre la organización y funcionamiento del nuevo centro penal. Establecimiento en el que no asoman ya aspectos punitivos sino que el propósito es protector y reformador. Para este cambio es necesario un tratamiento individualizador de forma que se conceden amplias facultades de actuación tanto al *Board of Managers* (la persona con mayores responsabilidades y capacidad de decisión) como al resto de autoridades del centro. Al Reformatorio debían ser enviados, en principio, aquellos delincuentes de una cierta edad (entre los 16 y los 30 años), condenados por delitos graves pero sin que hubieran tenido penas anteriores por ningún tipo de crímenes.

Se trata de una institución pedagógica, persiguiendo la formación del espíritu y carácter de los educandos mediante la cooperación eficaz y activa fundamentalmente a través de la voluntad del mismo pupilo. Para encauzar el tratamiento rige en el centro penal el sistema de la sentencia indeterminada¹⁷. Mediante su aplicación el *Board of Managers* puede conceder a los reclusos la liberación condicional y después la definitiva de manera anticipada a la finalización de la pena impuesta. Pero para acceder a estas ventajas es preciso que el recluso a través de su esfuerzo personal haya sido merecedor de vales de buena conducta y los de reconocimiento de su aplicación en la Escuela de Letras, de manera que con ello pueda pasar de los grados o etapas inferiores a los superiores. También es necesario que el interno haya obtenido cierta cantidad de dinero como consecuencia de su participación en algunos de los talleres de oficios con los que cuenta el centro de forme que a su liberación disponga de esas cantidades para atender sus necesidades antes de lograr algún tipo de empleo. Dorado indica que de esta manera el interno al ingresar en el centro sabe que su destino depende de él mismo. También sabe que si no mantiene esa progresión en conducta y aplicación puede ser retrocedido en grado con pérdida de ciertas condiciones y hasta ser sometido a ciertas durezas. Es cierto además que en algunos casos de individuos que no responden a los medios

¹⁷ *El reformatorio de Elmira. Estudio de Derecho penal preventivo*. Madrid, La España Moderna, s/f, p. 31.

morales y persuasivos de tratamiento puede llegar a recurrirse a las celdas de castigo por tiempo indeterminado e incluso al empleo de penas corporales en los casos de infracciones disciplinarias¹⁸.

Para la justificación de este tipo de internamiento indefinido (con ciertos límites) propio del positivismo, se considera que el delincuente responde a la imagen del enfermo que necesita curación, pero respecto a la misma no se puede saber en qué termino la logrará. Señala nuestro autor que el sistema de la sentencia indeterminada es consecuencia de los cambios en el sentido que se quiere otorgar a la función penal¹⁹. En el contexto de la teoría de la retribución la duración de la pena se establecía por el juez de acuerdo a la mayor o menor gravedad del delito y del grado de criminalidad expresado por el autor del delito, lo que conllevaba necesariamente una injusticia. Injusticia debido a que en realidad el juez no estaba en condiciones de determinar con exactitud, como requería la fijación de la pena, el grado de culpabilidad del reo. De acuerdo a la moderna teoría del encarcelamiento la reclusión de los delincuentes no es un acto de venganza –dirá nuestro autor– sino simplemente un acto de defensa de la comunidad. La condena en este nuevo contexto penal –basado en las ideas de la escuela positiva– la condena no es sino una declaración de la peligrosidad del delincuente para la sociedad, que por motivos de seguridad pública puede ser encerrado. Por las mismas razones de seguridad pública el delincuente puede ser mantenido en la cárcel mientras no desaparezca el peligro con el que amenazaba a la sociedad y se confíe que no cometerá más delitos.

Desde su fundación en 1876 el Reformatorio ha ido creciendo y ampliando sus instalaciones debido a la necesidad de acoger a un mayor número de internos. Este mismo éxito había hecho que la institución se estableciera también en otros seis estados de la Unión y que estuviera prevista su apertura en otros tantos. El sistema del reformatorio de Elmira a los ojos de Dorado parecía también llenar la ansias y expectativas de reforma del sistema penal en sentido preventivo. Por eso mismo le hacía vaticinar con entusiasmo su traslado y éxito a Europa: «será, pues, general en Norte América, de donde indudablemente pasará, como han pasado otras innovaciones penales y penitenciarias (sistemas penitenciarios celular y de Auburn, condena condicional, etcétera), al viejo mundo. ¡Ojalá sea pronto!²⁰.

¹⁸ *El reformatorio de Elmira. Estudio de Derecho penal preventivo*. Madrid, La España Moderna, s/f, p. 141 y ss.

¹⁹ DORADO MONTERO, P. *El reformatorio de Elmira. Estudio de Derecho penal preventivo*. Madrid, La España Moderna, s/f, p. 119 y ss.

²⁰ *El reformatorio de Elmira. Estudio de Derecho penal preventivo*. Madrid, La España Moderna, s/f, p. 154.

III. LOS NUEVOS DERROTOS PENALES

En sus *Nuevos Derroteros Penales* (obra de 1905) avanza en lo que serán sus postulados de crítica y justificación de la función social de imposición de penas al delincuente. En la advertencia preliminar de la obra quiere justificar, por una parte, que la idea original era la de escribir un artículo que se ha ido alargando hasta llegar a la forma final por lo que la exposición podía pecar de una excesiva condensación en las doctrinas recogidas. Por otra parte confiesa que el resultado de la obra es consecuencia de un nuevo método de trabajo. Por una vía las lecturas críticas que ha llevado a cabo en soledad. Pero también del continuado, diario, diálogo con sus alumnos. En esas conversaciones en las que ha convertido las clases sustituyendo al monólogo habitual, surgen los temas decisivos y esto le sirve al maestro para activar su función mental sobre los problemas tratados, quizá sin que los propios alumnos perciban el beneficio que recibe.

En la nueva obra se siguen presentando dudas y oscuridades sobre el camino a seguir por la función penal. Parece exteriorizar un cierto desasosiego y desesperanza. Ha dedicado al estudio y meditación de los problemas penales sus mejores fuerzas y años de vida, pero sigue manteniendo la necesidad de avanzar en la «justificación y la crítica de una función social tan importante y a la vez tan peligrosa y terrible como la de imponer penas»²¹.

En la duda sobre la calificación a alguien como delincuente y si en realidad existe alguien honrado, toma el camino de la necesidad de conocer la naturaleza y el interior de ese ser humano. Para salir de la crisis que señala padece el sistema penal del momento, «no hay más remedio que penetrar en el interior del hombre y escudriñarlo, avanzando desde fuera à dentro»²². De hecho si las cárceles se consideraban como apriscos humanos, como había señalado Salillas, era por la ausencia de interés por la voluntad de los encerrados, «nadie se cuida de ganar su voluntad, con la que no se cuenta para nada»²³. El sistema únicamente buscaba la sujeción externa de los delincuentes, de forma que cuando ganan nuevamente la libertad se tornan otra vez dueños de sus fuerzas para el delito, lo que ocurrirá tarde o temprano. Por eso considera que el cambio necesario, y que comenzaba a darse, en el sistema penal, hacía que se transitara desde un sistema que busca la seguridad frente a los delincuentes únicamente en los medios externos de fuerza hacia otro que pretende penetrar en el interior

²¹ *Nuevos Derroteros Penales*. Barcelona 1905, p. 10.

²² DORADO MONTERO, P. *Nuevos Derroteros Penales*. Barcelona 1905, p. 106.

²³ DORADO MONTERO, P. *Nuevos Derroteros Penales*. Barcelona 1905, p. 107.

del hombre para asegurar el respeto a las normas. Por ello en los centros penales se había comenzado a abandonar los procedimientos rigoristas, de imposición y servidumbre, creando cuerpos especiales en la administración penitenciaria para remover «todos los resortes y recursos que puedan mover el alma humana y obrar beneficiosamente sobre ella»²⁴.

Y sigue mostrando la idea, que ve fundamental, de cómo el devenir de la evolución penitenciaria avanza desde fuera hacia dentro del encarcelado, como única forma de progreso y de corrección. «el curso que las cosas llevan ya desde hace mucho tiempo es éste, y que la esencia de la corriente penitenciaria moderna consiste en el abandono gradual de los medios que afectan a la parte material y sensible del hombre, á la parte exterior, y en el cultivo y persecución, cada vez más intensa, de la parte interior, espiritual y más profundamente humana, que es la que mejor caracteriza la personalidad de cada uno de nosotros y nos distingue de los demás». Ese es el camino trazado ya, el que puede alcanzar verdaderamente la meta de evitar los delitos. «Los penitenciaristas van de fuera á dentro; han comenzado primero a obrar sobre los hombres por medios externos, corporales, duros y poco a poco han ido y siguen cultivando el empleo de medios espirituales». Ahora la ambición es otra, persiguiendo la finalidad de remediar el delito, y se realiza «aspirando á que las ligaduras, las trabas y las cárceles sean internas, es decir, á que los individuos, si no cometen delitos, no sea ya porque materialmente se ven violentados para no cometerlos, sino porque ellos mismos, de su espontánea y propia voluntad, no los quieren cometer»²⁵. Ese es el camino que Dorado señala ya iniciado –el de la reforma interior– y alienta, con el tránsito a una función penal menos retributiva y orientada a la educación, como estaría sucediendo ya en los Estados Unidos.

También indica el catedrático de Salamanca cómo los pasos seguidos en algunos países con la justicia juvenil, con un tratamiento reformador e individualizado, son los que permiten pronosticar cambios en la justicia penal de adultos. Esas mismas señales que advierte de cambio en el sistema penal y en el tratamiento ya incluso para los adultos, hacen también que fije su atención en la individualización de la pena²⁶. La evidencia de que el tratamiento –como en materia médica– debe ser asignado de forma propia para cada sujeto lleva también a la obligada individualización de la sanción. Y esta parece asentarse o traducirse en el ámbito jurídico en la potenciación de un mayor arbitrio judicial. Por eso se proponen y

²⁴ DORADO MONTERO, P. *Nuevos Derroteros Penales*. Barcelona 1905, p. 111.

²⁵ DORADO MONTERO, P. *Nuevos Derroteros Penales*. Barcelona 1905, p. 112-3.

²⁶ DORADO MONTERO, P. *Nuevos Derroteros Penales*. Barcelona 1905, p. 147 y ss.

asumen institutos penales y penitenciarios que abonan y permiten esa individualización, como la sentencia indeterminada, la condena condicional o la suspensión de la condena, que pueden llegar a estimar incluso la innecesariedad de tratamiento penal.

IV. EL DERECHO PROTECTOR DE LOS CRIMINALES

Siempre gustó y lo hacía con enorme pulcritud de establecer con carácter previo los fundamentos de filosofía jurídica de los temas que abordaba. Se trataba de un estudioso e interesado en las cuestiones de Filosofía del Derecho a la que dedicó artículos y libros de Filosofía del Derecho penal²⁷. Pero además estaba atento a las realizaciones concretas que sobre la pena y su ejecución se producían tanto en el plano internacional como nacional. Ya hemos visto la, decisiva para su obra, monografía referente al Reformatorio de Elmira. Pero después²⁸, en el ámbito más local, destacaría la creación de un Cuerpo especial de empleados penitenciarios estable (en 1881), el sentido reformador que se le otorgó al presidio de Ceuta con su conversión en colonia penitenciaria (1889), la reforma penitenciaria de comienzos del siglo xx con los Decretos para la implantación de los regímenes progresivo (de 1901 y 1903), la creación de la Escuela de Criminología (en 1903) para la formación del personal penitenciario, o la creación de la colonia penitenciaria de El Dueso (en 1907).

En una amplia obra recoge DORADO MONTERO sus propuestas sobre Derecho penal, básicamente sobre las consecuencias y su sentido que cabe atribuir al considerado delincuente. Se trata de *El derecho protector de los criminales* (1915), que a su vez es una nueva edición ampliada y rehecha de los *Estudios de Derecho Preventivo*. En definitiva se trata de su trabajo más amplio y de recapitulación de su visión del devenir y porvenir penal a los ojos de Pedro Dorado, de acuerdo a lo que venía trabajando y publicando desde décadas atrás.

Y allí expone como solía hacer sus presupuestos filosófico más generales que le van a llevar al desarrollo de sus principios penales. El orden social y también el estrictamente penal responden a criterios valorativos que no significan ni dejan de representar mejores criterios de justicia, no son unos mejores que otros, sino que lo que ha sucedido es que entre esa diversidad de criterios valorativos alguno de ellos ha alcanzado un predominio eficaz.

²⁷ PASCUAL MATELLÁN, L. *Pedro Dorado Montero: vida y obra de un pensador heterodoxo*. Ediciones Universidad de Salamanca 2019, p. 211.

²⁸ Lo recoge, además de en otras publicaciones, en su obra *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*. Madrid 1910, p. 302 y ss.

Y llega a ser dominante por haber sido impuesto. En realidad la justicia o la injusticia son nociones que responden exclusivamente a creaciones mentales de los seres humanos. En ese sentido, como ya había anticipado en obras anteriores, no existe una noción válida de lo que deba ser delito, «no son acciones injustas indefectiblemente». Es un error «creer que solamente existe un orden moral y jurídico, orden absoluto e inmutable»²⁹. El concepto de delito es algo bien relativo e impuesto. De la misma manera el delincuente es únicamente quien practica la acción así considerada pero no por la naturaleza o maldad de la acción, sino que «unas mismas cualidades hacen a los hombres malos y buenos, honrados y criminales». Todo depende en realidad del poder dominante, por eso los hombres «sólo son honrados o criminales cuando y en la medida que les atribuya la honradez o la criminalidad el depositario de la fuerza suprema»³⁰.

En la situación de crisis de las sanciones penales que había ido señalado a lo largo de sus anteriores contribuciones, entiende que el porvenir de las ciencias criminales y de la justicia penal consiste en una transformación de las cosas en tal sentido que la criminología se convierta en psicología y la administración de justicia penal en pedagogía correccional³¹. Dorado repetirá la necesidad de trasladar la doctrina ya asentada y aceptada para los jóvenes delincuentes, sobre los que no se proyecta ya una pena-castigo, sino una pena preventiva o de mejora, al caso de los adultos condenados por delito. «Ni al adulto ni a nadie se le debe penar, que vale tanto como decir castigar; únicamente se le debe –igual que a los jóvenes–, reformar, mejorar, proteger de la mejor manera posible, de la manera más caritativa, más inteligente, más científica, más provechosa. El régimen penal de los adultos habrá de dejar vacío su puesto para que lo ocupe el régimen médico-pedagógico o correccional, lo propio que está pasando, conforme se ha visto, con la delincuencia juvenil»³².

Señala la posible asignación de dos grandes tipos de funciones a la penalidad, una función de tipo reparador o retributivo y otra de cariz preventivo de defensa social. La primera mira al pasado en referencia a los malos efectos producidos con el delito. En este primer sentido la pena se concibe como la restauración del Derecho violado, como un instrumento del que se vale la sociedad para que el autor del delito pague la deuda que

²⁹ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 18.

³⁰ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 56-7

³¹ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 81.

³² *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 227.

ha contraído con la misma sociedad al perturbar el Derecho con su acción delictiva. Pero Dorado se encargará de recordar que la pena impuesta carece en realidad de virtualidad para evitar el delito ya cometido por lo que pierde sentido la aplicación de una pena *quia peccatum est*, mirando a lo ya sucedido.

La segunda, de forma alternativa, mira al porvenir y pretende evitar nuevos delitos excluyendo las causas de donde se entiende proceden los hechos realizados. La justicia penal racional e inteligente debe ser la que se dirija con su acción hacia el porvenir, remediando hasta donde le sea posible los males producidos con el delito y las causas delictuosas, que denomina reparación: por eso su actividad se orienta fundamentalmente al impedimento de la comisión de otros delitos, de nuevos hechos criminales. A ella, a esta nueva visión que se proyecta hacia el futuro, han contribuido los autores encuadrados en las llamadas teorías penales relativas y especialmente los mantenedores de la pena fin o la pena teleológica (*Zweckstrafe*).

La corriente clásica penal y penitenciaria habría contribuido de manera poderosa a extirpar excesos en el sistema penal, pero no tanto al cambio de orientación de éste. Se había iniciado un proceso de eliminación de las infamias producidas con las penas sobre los condenados, una eliminación o atenuación importantísima del arbitrio judicial en la aplicación de las penas y el establecimiento de un modelo de proceso penal acusatorio frente al anterior inquisitivo. Con todo ello se ganaba en la afirmación de las garantías de los individuos y en la defensa de la libertad de los ciudadanos, pero faltaba dotar de una orientación finalista a las penas y su aplicación.

En la evolución penal el ámbito donde mejor se percibe el influjo de la corriente penal humanitario-individualista había sido el penitenciario. «Durante todo el siglo XIX, singularmente en los tercios últimos, se ha venido sosteniendo una verdadera cruzada en torno á las penas de privación de libertad»³³. Era evidente la orientación de lo que denominaba la corriente penitenciaria. Había actuado en el sentido de evitar las penas crueles e infamantes y recurrir a la privación de libertad mejorando las condiciones de reclusión y la mayor humanidad en su aplicación.

Persuadido de que el delito y la pena se fundamentan en la necesidad social y no tanto en la libertad de elección del individuo (sobre el que pesan distintos factores que le conducen al delito), hace que se cambien las referencias para la aplicación y medición de las consecuencias impuestas al infractor. Por ello la pena «habrá de ser impuesta siempre que las

³³ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 16.

necesidades (la tranquilidad y el orden sociales) lo requieran, y en la medida que ella lo exijan. La pena, entonces, no se funda en el delito, ni se mide por la entidad o gravedad (ontológica, y por lo mismo constante, que suele decirse) del delito; se funda en y se mide por la necesidad social transitoria que de su empleo se experimenta»³⁴.

Esta orientación que imprime Dorado a la pena en sus escritos, en armonía con el positivismo penal que había conocido, conducirá a algunos resultados en su pensamiento que amplía el campo penal, también a hechos e individuos sin delito. Su anclaje en el fin fundamental de evitar nuevos delitos en el futuro y la atribución de las causas del delito en las circunstancias personales y sociales de las personas llevarán a un Derecho penal sin delito. El nuevo Derecho penal propugnado «podrá y deberá hacer objeto del tratamiento penal a aquellos individuos que, sin haber delinquido todavía, se encuentran en tales condiciones, que, según todas las probabilidades, no podrán menos de delinquir mañana»³⁵. Anticipa así el Derecho penal de medidas de seguridad predelictiva, la concepción de los estados peligrosos con efectivo control penal sin relación actual con la comisión de delito alguno. Con estos nuevos presupuestos la pena o consecuencia penal se fundamenta en la peligrosidad que puede estar presente y reconocerse sin necesidad de delito. De esta forma la «pena comienza a funcionar aun antes del delito y sin el delito, con sólo que se note la presencia de una mala voluntad, de una voluntad inclinada al mal, o sea de un estado interno peligroso, mal intencionado, predispuesto a la delincuencia»³⁶. Doctrina que supone un antecedente de las medidas de seguridad sin delito (predelictuales), como sucedió con la conocida Ley de Vagos y Maleantes de 1933, cuyo principal impulsor sería JIMÉNEZ DE ASUA³⁷, admirador y, en cierta medida, discípulo de nuestro autor.

En esta labor preventiva para el nuevo Derecho penal, dedicado a tutelar a las personas con condiciones que la inclinan hacia el delito, esa tarea no puede consistir en una sentencia que fija de antemano un tiempo de reclusión. Ahora la nueva tarea preventiva de eliminación de las condiciones de peligrosidad criminal hace que únicamente puedan establecerse resoluciones provisionales que como en el caso del tratamiento médico deberán irse adaptando a la situación a lo largo de un tiempo de

³⁴ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 238.

³⁵ *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 405.

³⁶ *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 578.

³⁷ MATA y MARTÍN, R.M. *Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932). El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República*. Marcial Pons 2020, p. 58.

curación que no puede ser fijado de antemano. «no habrá sentencias, sino providencias provisionales, planes de conducta, análogos a los que traza un médico y rectificables como éstos lo son... la misión de la justicia penal en el porvenir parece que ha de ser... completamente análoga a la que desempeñan los médicos: curar las enfermedades presentes, y sobre todo, prevenir las posibles enfermedades futuras mediante un estudio atento de las causas que las producen y de los oportunos medios para neutralizar su acción. Como los médicos, los jueces penales del porvenir deberán estar siempre cerca del reo, viviendo en su mismo ambiente... para conocer los influjos que sobre él hayan podido obrar y estén obrando (antecedentes hereditarios, educación doméstica y social, posición económica, etc.)»³⁸. Este pensamiento de la sentencia indeterminada influirá en otros penalistas, como en el caso singular de JIMÉNEZ DE ASUA³⁹ quien realizará su tesis doctoral precisamente sobre este tema, quien califica a Dorado de ardiente partidario del sistema de manera que en el conjunto de su obra había «sustentado el sistema indeterminista, llevado en muchos casos, con gran valentía, a sus límites más absolutos». Había sido plenamente coherente con unos presupuestos en los que la pena ya no es un mal, sino un bien real, una verdadera protección tutelar del delincuente, en la que la consecuencia necesaria era una concepción indeterminista absoluta, sin límites ni trabas. Y es que «una pena preventiva que buscara la corrección tendría que durar lo que el sujeto tardara en corregirse»⁴⁰.

Estos presupuestos para la pena y el tratamiento penal de los condenados van a conducir a algunos efectos poco conciliables con la seguridad jurídica y el respeto hacia la libertad y los derechos del ciudadano y por ello del ciudadano condenado. Los puntos de partida de Dorado Montero harán, como sucedió en las legislaciones penales de distintos países en las décadas de los años 20 y 30 del siglo xx, que no fuera previsible en modo alguno la duración de las penas o medidas de seguridad y que no se guardara correlación alguna entre la entidad del hecho cometido y la de las consecuencias que de manera efectiva se le asignaba al autor. El delito pequeño o grande, de acuerdo a los postulados enunciados, no podía prever en su ejecución una sanción de mayor o menor duración, siendo posible todas las alternativas que se irían concretando durante la ejecución. El mismo autor nos lo dice de manera muy gráfica: «Y así ocurrirá

³⁸ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 406-7.

³⁹ *La sentencia indeterminada*. Segunda edición. Buenos Aires 1948, p. 113-4. La tesis y la primera edición de su publicación es de 1913.

⁴⁰ PASCUAL MATELLÁN, L. *Pedro Dorado Montero: vida y obra de un pensador heterodoxo*. Ediciones Universidad de Salamanca 2019, p. 261.

con frecuencia que autores de delitos leves o minúsculos, de faltas, por ejemplo, tengan que estar encarcelados durante largos periodos, o quizá perpetuamente, por ser, v. gr., profesionistas del delito, habituales tenidos por incorregibles.

La ley establece los delitos y las penas de forma general, igual para todos. Sin embargo cada vez se siente más necesaria la individualización penal, la individualización o medición particular de la pena para cada caso. Y cuando a la pena se la asignan fines preventivos de futuros delitos esta necesidad de individualización de la responsabilidad penal se acentúa⁴¹. La individualización comienza con la estimación del merecimiento de pena y la culpabilidad del reo. Pero cuando se pretende la mejora o enmienda del condenado el dato psicológico empieza a tener preeminencia en esta tarea de individualización que se aleja de lo puramente mecánico que exigirá un conocimiento personal de las circunstancias del delito y del autor. Ahora la nueva orientación gradúa el delito no en relación al delito cometido para su retribución sino «con arreglo a la maldad (perversidad, etc.) de la voluntad, intención, predisposición interna o mundo subjetivo»⁴². De modo que la nueva correspondencia indica que cuanto peor y más temible voluntad exista, deberá establecerse una pena mayor. Por esa y otras razones los orígenes de la voluntad criminal en el ámbito de la pena correccional se convierte en una de las claves⁴³. La individualización penal y penitenciaria se acerca nuevamente así al método pedagógico y médico, consistirá en un tratamiento clínico y educativo.

Pero la individualización adquiere un carácter propio en el medio penitenciario diseñado por Dorado Montero. La cárcel, como con el correccionalismo, se convierte en hospital y la pena en tratamiento en la visión de mejora o educación del condenado. Ahora por tanto es el tratamiento el que se alza como estandarte y éste, sea del tipo que sea, necesita tener un carácter propio, individual, acomodado a las necesidades particulares de cada condenado, de cada enfermo. «Pero un tratamiento, cualquiera que éste sea, médico, quirúrgico, ortopédico, psicológico, pedagógico, supone necesariamente la individualización. A cada enfermo, a cada débil, a cada anormal, a cada decaído, a cada ineducado, hay que proporcionarle los medios que sean acomodados precisamente a su singularísima situación,

⁴¹ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 477 y ss.

⁴² DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 580.

⁴³ PASCUAL MATELLÁN, L. *Pedro Dorado Montero: vida y obra de un pensador heterodoxo*. Ediciones Universidad de Salamanca 2019, p. 263.

inconfundible con la de otro algunos»⁴⁴. Es la permanente tensión y pugna en el ámbito de la privación penal de libertad entre la igualdad ante la ley y la necesidad de intervención personalizada y adaptada a las necesidades particulares.

Por el relativismo del que partía el delito desaparecía: «El derecho penal se nos queda sin delito». Pero una vez que el delito se ha desvanecido difícilmente se puede hablar de delincuente ni de pena. En el giro que Dorado pretende imprimir desde luego la pena desaparece tal y como se venía entendiendo hasta entonces. «La pena es siempre, por su índole propia, un malum passionis quod infligitur ob malum actionis». Cuando deja de ser esto, para tornarse en una medida de prevención o de preservación social, como se ha visto que sucede a menudo, ya no es verdaderamente una pena, aunque conserve la denominación de tal»⁴⁵. Sin embargo existirán delitos sin delincuente y delincuentes sin delito. En los primeros cuando alguien ha causado un mal considerado delictivo pero ofrece confianza de no volver a repetirlo la sanción huelga y sería hasta torpe e injusto su imposición. Los delincuentes sin delito, en esa visión preventiva hasta el extremo, supone la sanción para los que ofrecen signos de peligrosidad pese a no haber actuado delictivamente de manera efectiva. Con su derecho protector y preventivo de los criminales Dorado no consiguió muchos seguidores ni discípulos, debido a sus planteamientos radicales y de extremos pese a la coherencia con sus presupuestos. Sin embargo, sí que supo otear el devenir penal y anticipar algunas de las líneas de futuro de la evolución de las sanciones. Aun con todo no dejaba de impulsar un derecho penal que fuera más consciente de su orientación y se aplicara con una mayor humanidad.

⁴⁴ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 482.

⁴⁵ DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I. Madrid 1915, p. 256.

O Último *Cocktail* – Criminalidade Económico-Financeira, Responsabilidade Penal Empresarial, Compliance e Inteligência Artificial

Anabela Miranda Rodrigues

Professora Catedrática

Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra



I. INTRODUÇÃO

NO ATUAL CENÁRIO ECONÓMICO-FINANCEIRO global, em que a empresa é seu principal protagonista, não é difícil perceber como a sua atividade pode andar paredes meias com a criminalidade, dando mesmo origem a uma nova fenomenologia criminal. Com uma estrutura organizacional muito complexa e atuando em contextos de risco crescente, sobressai a questão de a tornar responsável e /ou aos seus administradores, dirigentes e empregados pela prática de crimes cometidos no âmbito empresarial.

O *compliance*, como estratégia de aplicação da lei e um dos pilares da *corporate governance*, assume-se como um vetor de avaliação da responsabilidade, designadamente penal, e determinação das consequências jurídicas decorrentes da prática de atividades ilícitas, cujo relevo varia em função do modelo adotado de responsabilidade do ente coletivo. Por seu turno, não surpreenderá a afirmação de que vivemos hoje uma nova realidade empresarial possibilitada, não só pelo enorme desenvolvimento computacional, mas sobretudo pelos sistemas de Inteligência Artificial (IA), cuja aplicação é potenciada pelo enorme desenvolvimento da computação e da comunicação cognitiva – a «Internet das coisas» (IoT). Num cenário deste tipo, as coisas – as máquinas e os sistemas – ligados em rede comunicam e interagem entre si, mostrando-se capazes de, em contexto empresarial,

prever atos e processos produtivos de modo muito eficaz e eficiente ou de prevenir ou detetar erros prejudiciais à empresa. O algoritmo apresenta, assim, a vantagem de aumentar a segurança em contexto empresarial prevenindo, prevenindo e detetando atos lesivos de interesses juridicamente valiosos, vigiando e monitorizando o espaço e as pessoas que nele intervêm. A transição digital favorece ainda a transferência de decisões em contexto empresarial para sistemas complexos computadorizados. Pelo menos parcialmente, várias opções assumidas ao longo do processo produtivo são já decididas pelas «coisas». Isto é, muitas das tarefas decididas, atribuídas e executadas anteriormente por humanos são hoje atribuídas, decididas e executadas pela máquina. Contudo, uma decisão errada do algoritmo, ligada à lesão de bens jurídicos, confronta criticamente um modelo de responsabilidade penal construído sobre a atuação de uma pessoa, humana ou ficcional, no caso, o ente jurídico, em qualquer dos seus modelos, o que apreciaremos neste estudo.

II. COMPLIANCE – FUNÇÃO SOCIALIZADORA E GESTÃO DO RISCO

Importa lembrar que a problemática da boa governança empresarial e do *compliance* surgem num contexto muito particular de *autorregulação regulada*¹ que significa a subordinação da autorregulação das entidades privadas aos fins e interesses estaduais. Com este movimento, é a necessidade de intervenção reguladora, em *ultima ratio*, penal, que se faz ouvir. Nesta estratégia regulatória, o direito penal é o «último convidado», mas não falta! O objetivo do estabelecimento de medidas de organização interna de uma empresa não é o de criar um programa normativo que favoreça a sua atividade «no fio da navalha» e lhe permita fugir à responsabilidade penal, mas sim delimitar o perímetro de comportamentos proibidos, de forma que possam ser prevenidas e reprimidas práticas contrárias às normas de comportamento definidas. A eventualidade de aplicação de sanções penais é uma forma de incentivar os dirigentes das empresas a estabelecerem mecanismos de controlo eficazes. A *motivação* para assegurar o cumprimento devido das regras de controlo resulta, desta forma, de as empresas valorizarem de sobremaneira a possibilidade de não perseguição penal e o estabelecimento de acordos ao nível processual ou a previsão da exclusão ou atenuação da sua responsabilidade penal.

¹ Cf. MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Direito Penal Económico – uma Política Criminal na Era Compliance*, 2.^a edição, 2020, p. 83s e bibliografia aí citada.

A este propósito, importa destacar que a estratégia de *compliance*, à luz da moderna *self-regulation*, convive com uma intervenção estadual diferente da clássica, neste sentido, «menos coativa e mais dialogante». Trata-se, com efeito, de centrar a intervenção, designadamente administrativa ou mesmo penal, mais na qualidade e eficácia do sistema de autorregulação interno e menos, de acordo com o modelo de controlo público tradicional, na repressão do cumprimento da norma pelo seu destinatário. Está em causa evitar um método de atuação baseado em sanções severas desde o primeiro momento. Por outras palavras: a aposta é na prevenção de condutas desviadas empresariais.

Neste conspecto, em que assume especial relevo o *compliance*, a prevenção da ofensa a bens jurídicos torna-se um *dever* e uma *responsabilidade* para as empresas² e logra um sentido *socializador* – é a *socialização dos tempos modernos*. Imediatamente, os programas de *compliance* visam a promoção de uma cultura empresarial ética e de cumprimento legal, sendo que o seu objetivo final é evitar a lesão de bens jurídicos e a correspondente responsabilidade administrativa, civil e, em última linha, mas sobretudo, penal. Esta estratégia de *compliance* utiliza um novo tipo de *law enforcement* em que a atuação estadual passa por introduzir um (*novo*) *nível de aplicação da lei* entre a (violação da) norma e a (aplicação da) sanção ou punição. Que não está, portanto, tão dirigida a sancionar ou punir quanto a «buscar a cooperação e a participação dos infratores, com a finalidade de corrigir os defeitos que levaram à violação de uma norma»³. No fundo, trata-se de os tornar capazes de evitar, no futuro, comportamentos semelhantes. No âmbito da atividade empresarial, isto significa que a intervenção estadual através do *compliance* cumpre uma *função socializadora*.

A eficácia do *compliance* assim compreendido tem em conta um aspeto que não deve ser descurado. E que reside na constatação de que o cumprimento das normas, no contexto *de risco* em que as empresas atualmente desenvolvem a sua atividade, pode envolver dificuldades reais. É aqui que a prodigiosa evolução tecnológica que vivemos se faz sentir, ao favorecer o aparecimento de algoritmos capazes de extrair e estruturar, a partir dos *big data*, informação relevante para a gestão empresarial⁴.

² A este propósito, cf. MIRANDA RODRIGUES, ANABELA, *DIREITO PENAL ECONÓMICO*, cit, p. 28 s.

³ Nesta linha, no contexto de uma justiça restaurativa, NIETO MARTÍN, Adán, «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa» *Autorregulación y sanciones*, Luis Arroyo Jimenez/Adán Nieto Martín (Directores), Thomson Reuters, Aranzadi, 2.ª Edición, 2015, p.117s (*vide*, também, p. 102).

⁴ Cf. MIRANDA RODRIGUES, Anabela/AIRES de SOUSA, Susana, «Algoritmos em contexto empresarial: vantagens e desafios à luz do direito penal», *Julgar*, N.º45, Set.-Dez. 2021 (em curso de publicação), II, 2., 2.1

Uma das suas aplicações mais comuns assenta na enorme capacidade de avaliação, gestão e controlo de risco empresarial. As soluções tecnológicas mais complexas de *deep learning* e com base em sistemas de IA ganham uma especial importância pela enorme capacidade analítica e pela elevada capacidade de precisão e de antecipação que lhe são reconhecidas. A gestão do risco pela «máquina» abrange áreas tão distintas como a prevenção e luta contra a fraude e a monitorização do funcionamento das empresas – atuando no âmbito da gestão de produtos e de fornecedores ou mesmo de cumprimento das obrigações legais e regulatórias – e dos seus trabalhadores, sendo-lhe reconhecidas diversas vantagens na redução dos enormes custos da «*regulatory compliance*»⁵.

No contexto da prevenção e combate da fraude, há vários exemplos concretos de aplicações práticas que têm vindo a ser desenvolvidas por instituições financeiras tendo por fim cumprir exigências impostas pelos reguladores, por exemplo em matéria de branqueamento. As soluções de IA prometem uma contínua monitorização da empresa, facilitando, por seu turno, ao regulador, o acesso rápido a informação em caso de incumprimento. *Buttler e O'Brien*⁶ referem-se a uma revolução capaz de transformar o «*risk and compliance monitoring into a predictive process*». A contínua monitorização da empresa permite identificar problemas e resolvê-los antecipadamente, prevendo «*compliance breaches*» e, com isso, evitando que o regulado (a empresa) tenha que responder perante o regulador e outras autoridades judiciais. À medida que a organização e a análise dos dados se tornam mais orientadas e focadas através da IA, a informação em tempo real permitirá antecipar os próprios riscos e chegar ao santo graal de um sistema de *compliance inteligente*, como sublinham *Aziz e Dowling*⁷. A prevenção e o combate à fraude passam ainda pela aplicação das novas técnicas de IA como garantes da segurança e integridade do sistema financeiro, impedindo ciberataques e sinalizando situações ilícitas ou criminosas. O mercado de *software* crítico capaz de impedir e detetar fraude está em expansão, sendo cada vez mais as empresas que se dedicam à oferta destes produtos. Veja-se o caso da *Feedzai*, uma *start-up* portuguesa de tecnologia financeira, especializada

⁵ Cf., de forma desenvolvida, BUTLER, Tom / O'BRIEN, Leona, «Artificial intelligence for regulatory compliance: Are we there yet?», *Journal of Financial Compliance*, Vol. 3, N 1, 2019, p. 44.

⁶ BUTLER / O'BRIEN, *Journal of Financial Compliance*, cit., p. 45.

⁷ AZIZ, Saqib / DOWLING, Michael, «Machine Learning and AI for Risk Management», *Disrupting Finance*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 47.

na deteção de fraude e na prevenção do cibercrime no setor financeiro e bancário, utilizando técnicas de IA e de *machine learning*⁸.

III. COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS

1. O relevo do compliance e o algoritmo inteligente

Assumido que o sancionamento, designadamente penal, de muitos comportamentos económico-financeiros era uma necessidade imperiosa, o direito penal deparou-se com as primeiras dificuldades de responsabilização perante a agressão a bens jurídicos em «contextos de ação coletivos». Com efeito, a questão da responsabilidade penal neste âmbito criminal conhece um aspeto nevrálgico na atribuição desta responsabilidade às chamadas pessoas coletivas. É tudo isto que em grande parte tem alimentado a discussão doutrinal vivíssima travada em torno dos modelos de imputação possíveis de responsabilidade penal empresarial⁹. Que, como é sabido, se podem compreender de acordo com dois grandes sistemas: o modelo vicarial ou heterónimo, em que se transfere para a entidade coletiva a responsabilidade da conduta realizada por um administrador, dirigente ou empregado; e aqueloutro, que radica na autorresponsabilidade empresarial e na possibilidade de a empresa ser passível de responsabilidade penal por «defeito de organização».

É sabido que na europa continental, contrariando a teoria clássica de um direito penal em torno do agente individual, se vem afirmando e expandindo paulatinamente uma responsabilidade criminal dos entes coletivos. Se a lei penal francesa de 1994 e a lei belga de 1999 são referidas como tendo consagrado um regime tido como excecional e extravagante, é um facto que a solução político-criminal da responsabilidade penal das pessoas coletivas foi merecendo acolhimento nos códigos penais, mesmo em países tradicionalmente avessos a uma responsabilidade criminal desta natureza, como ocorreu, em 2010, no âmbito do Código Penal Espanhol.

⁸ A empresa mereceu a atenção dos meios de comunicação social pela avaliação internacional em cerca de mil milhões de dólares atribuindo-lhe o estatuto de «start-up unicórnio». Em 2018, a *Feedzai* tinha sido considerada uma das 50 empresas mais promissoras na área da tecnologia financeira pela *Forbes*, tendo recebido várias distinções internacionais, cf. <https://feedzai.com/about-us/>

⁹ Cf. SOUSA, Susana Aires, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, 2019, p. 84s; também, MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Direito Penal Económico*, cit., p. 110s.

Em Portugal, foi em 1984¹⁰, com a legislação respeitante às infrações contra a economia e contra a saúde pública, que se deram os primeiros passos na consagração da responsabilidade penal das pessoas coletivas¹¹. De lá para cá, a previsão da imputação penal às pessoas coletivas tem-se vindo a intensificar progressivamente, aumentando exponencialmente o leque de crimes passíveis de serem cometidos por pessoas coletivas e contrariando, desta forma, o princípio geral clássico enunciado no Artigo 11.º, n.º 1, do Código Penal, de acordo com o qual «só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal». O que se tem verificado não só em legislação extravagante¹², como também por efeito da previsão, no Código Penal, em 2007, por força do n.º 2, deste mesmo Artigo, de uma lista de crimes, progressivamente ampliada, pelos quais as pessoas coletivas podem ser responsabilizadas penalmente. Em primeiro lugar¹³, quando cometidos «em seu nome e no interesse coletivo, por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança» – definida esta no n.º 4 do citado preceito, e consoante o qual se entende que «ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade»; ou, em segundo lugar¹⁴, quando cometidos «por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem»¹⁵.

¹⁰ Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro.

¹¹ De acordo com o previsto no seu Artigo 3.º, n.º 1, as pessoas coletivas são responsáveis pelas infrações previstas neste diploma, quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse coletivo.

¹² Cf. a legislação extravagante, nomeadamente em matéria de crimes ligados à informática (Lei n.º 109/91, de 17 de agosto), de infrações tributárias (Lei n.º 15/2001, de 5 de junho), de condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português (Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro), de previsão e punição dos atos e organizações terroristas (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto), de infrações laborais (Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto), de armas e suas munições (Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro) de comportamentos antidesportivos (Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto).

¹³ Cf. alínea a), do n.º 2, do Artigo 11.º, do Código Penal.

¹⁴ Cf. alínea b), do n.º 2, do Artigo 11.º, do Código Penal.

¹⁵ Sendo ainda de referir, para efeitos de deixar uma panorâmica geral dos aspetos legislativos que, no ordenamento jurídico português, podem ser convocados neste âmbito com interesse imediato para a abordagem que fazemos, o n.º 6, do mesmo Artigo 11.º, do Código Penal, segundo o qual a responsabilidade das pessoas coletivas «é excluída quando o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito». É ainda de referir que a abertura à responsabilização penal da pessoa coletiva foi-se alargando, para além dos ordenamentos jurídicos já referidos, a países como a Áustria, Dinamarca, Estónia, Eslovénia, Eslováquia, Holanda, Finlândia, Hungria, Irlanda, Luxemburgo ou a Suíça. Do outro lado, procurando manter a fidelidade ao

Independentemente da questão da qualificação deste segundo modelo de responsabilidade consagrado pelo legislador português como um «modelo misto»¹⁶, é no seu âmbito que se vem entendendo que pode assumir relevo para as empresas a adoção de programas de *compliance*. Acresce que, hoje, ao considerar esta relevância, é necessário ter em conta a utilização de algoritmos inteligentes em matéria de autorregulação¹⁷. É verdade que uma «empresa inteligente» – capaz de atuar em comunicação contínua e sem falhas de organização, na medida em que tais defeitos seriam antecipadamente corrigidos pelo algoritmo –, é ainda uma visão situada num futuro incerto. Um sistema de *compliance* de base algorítmica que automatize a empresa no cumprimento das obrigações impostas por reguladores, e passível, com isso, de excluir uma sua eventual responsabilidade, sendo um desafio em curso, prosseguido por algumas empresas, está por concretizar. Em ordenamentos jurídicos que consagrem modelos em que a imputação do facto criminoso à pessoa jurídica se sustenta num defeito de organização, como acontece em Itália ou em Espanha, os *softwares* «inteligentes» de *compliance* apresentam-se com a promessa de serem uma poderosa ferramenta para excluir de responsabilidade a pessoa jurídica, facilitando, desde logo, a prova de que a empresa se auto-organizou para cumprir o direito. Do lado da empresa, as vantagens de um sistema inteligente de *compliance* revestem assim, à primeira vista, uma dupla natureza, tangível e normativa: a primeira concretizada na mitigação ou eliminação do erro e no conseqüente aumento da segurança; a segunda, aproximando a atividade empresarial de um estrito cumprimento normativo apto a excluir a empresa de qualquer responsabilidade.

princípio *societas delinquere non potest* e recusando, pelo menos formalmente, uma responsabilidade criminal dos entes coletivos, encontram-se a Bulgária, a Grécia, a Itália, ou a Lituânia e, por enquanto, com perspetivas de mudança em pouco meses, a Alemanha, onde se discute atualmente a inclusão na legislação penal desta responsabilidade através da *Verbandssanktionengesetz*. Sobre isto, SOUSA, Susana Aires, «As diferentes faces dos programas de compliance», *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance* (org. Adan Nieto Martin / Eduardo Saad Diniz), *Tirant lo blanch*, 2021, p. 29 e ss.

¹⁶ Com efeito, enquanto pacificamente se pode dizer que um modelo de heteroresponsabilidade está consagrado na primeira modalidade de responsabilidade referida, baseada na atuação dos agentes físicos e na determinação dos concretos poderes e deveres que lhe cabem, já em relação à segunda se acende a discussão doutrinal, defendendo-se a existência de um «modelo misto», por um lado, assente num défice de organização do ente coletivo e, por outro lado, apelando-se à falha de organização da rede de deveres por parte de alguém, uma pessoa física, que tem uma posição de liderança, «qualificada» – de controlo –, no ente coletivo. Sobre isto, SOUSA, Susana Aires, *Questões fundamentais*, cit., p. 106 a 108.

¹⁷ Cf. MIRANDA RODRIGUES, Anabela/SOUSA, Susana Aires, *Julgar*, cit., III, 1., 1.1.

2. *Responsabilidade das pessoas coletivas: de novo?*

Em geral, aponta-se ao *compliance* um lado problemático, que se traduz na *desconfiança do sistema de justiça* em relação a ele, considerando-o uma «invenção do mundo dos negócios»¹⁸. O que se invoca é que as empresas com maior poder de negociação, as grandes empresas, têm capacidade acrescida de convencimento dos órgãos de investigação criminal – por vezes, estes, com escassa informação e conhecimento nestas matérias – de que o sistema de organização que adotaram é suficientemente eficaz para prevenir o cometimento de crimes, sendo a sua prática o resultado apenas de um comportamento isolado e individual, de um administrador dirigente ou empregado. A partir daí, desde indicar o bode expiatório (*scapegoat*) até evitar a responsabilidade penal é um pequeno passo para a empresa. Isto é especialmente válido para os regimes jurídicos que aceitem a autorresponsabilidade da empresa ou mesmo modelos mistos de responsabilidade. O efeito particularmente perverso desta estratégia, conhecido como *reverse whistleblowing*, é o de a empresa, para dar consistência à sua versão dos factos de que está bem organizada – fala-se, relacionado com isto, de *utilização cosmética*¹⁹ de programas de *compliance* –, buscar um responsável individual sobre o qual possa fazer recair a responsabilidade do facto praticado. Sendo que o perigo de utilização desta estratégia cresce, se se oferece à entidade coletiva uma exclusão ou atenuação da punição, ou mesmo uma não perseguição penal a troco da indicação daquele responsável individual. Denuncia-se, a este propósito, o efeito paradoxal²⁰ da responsabilização penal autónoma empresarial e fala-se da criação em curso de um «direito penal do amigo» para as empresas²¹.

¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico*, cit., p. 1155 e bibliografia aí citada.

¹⁹ A expressão é de KIMBERLEY, D. Krawiec, «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance F. Hodge O'Neal Corporate and Securities Law Symposium – After the Sarbanes-Oxley Act: The Future of the Mandatory Disclosure System», *Wash U.L.Q.*, 81, 2003, p. 487s.

²⁰ Nesta linha, desde sempre, LAUFER, William S., por último, em 2018, «A very special regulatory milestone», *Univ.Pa.J. Bus.Law*, Vol. 20.2., p.391s. Entre nós, MENDES, Paulo Sousa, «Law Enforcement & Compliance», *Estudos sobre law enforcement*, Almedina, 2018, p. 26 s e SOUSA, Susana Aires, *Questões Fundamentais*, cit., p. 127 e 128.

²¹ A referência é notória ao «direito penal do inimigo» em relação às pessoas individuais. A este propósito, cf. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española», *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*, Eduardo Demetrio Crespo, Adán Nieto Martín (Directores), Manuel Maroto Calatayud, M.^a Pilar Marco Francia (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 106s. Com efeito, do facto de que seja recomendável, necessário e aconselhável que as empresas

Já quanto a um modelo de hétero-responsabilidade, apontam-se-lhe falhas sobretudo em grandes empresas, onde é mais difícil, por complexo, encontrar um responsável individual, assentando a responsabilidade da pessoa coletiva numa ação ou omissão de uma pessoa física. Condicionar a responsabilidade da empresa à demonstração, por exemplo, de que um qualquer dirigente da organização, em relação a um concreto facto criminoso e a um subordinado, violou os seus deveres de supervisão, significaria consagrar um modelo de responsabilidade empresarial que beneficiaria as grandes empresas e prejudicaria as mais pequenas, já que nestas é muito mais fácil localizar a responsabilidade ou a concreta falta de vigilância de um superior, administrador ou dirigente. De qualquer forma, esta forma de imputação da responsabilidade penal às empresas – que corre o risco de se traduzir, na prática judiciária, numa imputação *objetiva* de responsabilidade que deriva de forma automática da responsabilidade individual –, promove uma reação empresarial de ocultação do crime e de aliança com o infrator, com tradução ao nível da obstrução da justiça: a empresa não está interessada em auxiliar a investigação, já que, em última análise, a sua descoberta pode traduzir-se na sua condenação. A sua sorte está unida à do responsável individual, que transforma em seu aliado.

Compreende-se como a entrada da IA na atividade empresarial introduz dificuldades novas às dificuldades já conhecidas dos modelos de imputação às pessoas coletivas, por via, quer das pessoas físicas, quer coletivas.

A questão reside nos algoritmos «inteligentes», tecnologicamente complexos, capazes de autonomamente fazerem opções qualificáveis como criminosas, mas que não foram pré-programados nesse sentido ou sequer tais decisões eram previsíveis ao programador (*cognitive robots*)²². A novidade está então no facto de a máquina, enquanto «máquinas que aprende»²³, chegar a um resultado novo que é, num certo sentido, seu. Enquanto sistema de inteligência artificial, uma «máquina que aprende» não

implementem medidas de autocontrolo (programas de *compliance*) e que o seu incumprimento gere responsabilidades administrativas, e que, pela simples razão de que se implementem, já sejam isentas de responsabilidade penal, pode ser dar um grande passo para a irresponsabilidade penal das empresas.

²² Sobre a distinção entre *cognitive robots* e os *deterministic robots* – pré-programados para a prática de determinada atuação criminosa –, de forma clara, no contexto dos robôs, o *Report of COMEST on Robotic Ethics*, 2017, p. 48, disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000253952>

²³ Sobre as dificuldades no plano da imputação, SOUSA, Susana Aires, «“Não fui eu, foi a máquina”: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial», *A Inteligência Artificial no Direito Penal* (coord. Anabela Miranda Rodrigues), Almedina, 2020, p. 65 e bibliografia aí citada.

se confunde com um complexo processador de dados, isto é, não se limita a calcular a melhor opção de entre os milhares de dados que lhe foram introduzidos, análise inacessível ou muito difícil para o humano. Antes, o algoritmo, alimentado com dados, ajusta-se continuamente, por forma a diminuir o erro e criar a sua própria decisão. É esta natureza dinâmica da máquina – a sua *autonomia* – que desafia a atribuição de responsabilidade às pessoas que estão por detrás da máquina, sejam físicas sejam jurídicas.

É neste contexto que se identificam as questões mais difíceis de imputação da responsabilidade penal empresarial²⁴. Num modelo vicarial, a questão é a de saber como imputar as decisões e ações criminalmente relevantes realizadas pela máquina, nas condições descritas, a pessoas físicas. Num modelo autónomo de responsabilidade, as dificuldades surgem na exata medida em que o «defeito» do algoritmo não seja passível de ser conhecido e, como tal, prevenido e evitável. A capacidade cognitiva da máquina torna-a imprevisível, capaz de reagir ao inesperado, retirando a sua decisão do domínio da previsibilidade do programador. É esse espaço de liberdade que se concede à máquina, explorando as suas capacidades de aprendizagem, que não pode ser determinado (ou impedido). O «defeito» do algoritmo não existe; está no futuro e, por isso, escapa à auto-organização... do algoritmo... e por aqui da empresa! Pelo menos em abstrato, se a ofensa causada por uma aprendizagem do algoritmo leva a um resultado imprevisível, dificilmente se pode censurar a empresa por não evitar um risco que não podia conhecer.

No momento presente, a auto-organização empresarial inteligente não eliminará decisões erradas tomadas por *softwares* inteligentes, de que constituem exemplos comprovadas opções discriminatórias na contratação ou no despedimento de trabalhadores, situações de combinação de preços ou transações financeiras fantasmas²⁵.

Na verdade, a transformação digital da empresa evidencia uma patente desconformidade entre a evolução tecnológica das empresas e os modelos legalmente previstos para aferir da sua responsabilidade penal, a desvendar, por sua vez, uma lacuna já identificada por alguma literatura. As propostas de solução, sendo diversas, reclamam uma extensão ou reconfiguração dos pressupostos de responsabilidade penal. Perante a manifesta dificuldade em fazer responder a pessoa humana, as hipóteses

²⁴ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda/SOUSA, Susana Aires, *Julgar, cit.*, III, I., I. I.

²⁵ Sobre a problemática aqui implicada e os crimes de abuso de mercado praticados por agentes artificiais, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, «Os crimes de abuso de mercado e a «Escada Impossível» de *Escher* – o Caso do *Spoofing*», *Julgar*, N.º 45, Set.-Dez. 2021 (em curso de publicação), *passim*.

oscilam entre a modificação e atualização dos pressupostos da responsabilidade das empresas até às mais radicais que admitem a responsabilidade da máquina.

Referindo-se especificamente a esta problemática, *Mihailis Diamantis*, procura fazer o caminho da responsabilidade da empresa, explorando um modelo que consiste na adaptação ao contexto empresarial da «*extended mind thesis*»²⁶. Desta perspetiva, no processo de automatização da empresa, os algoritmos integram a forma como a empresa pensa e decide e, assim, constituem uma extensão do seu estado mental e da sua vontade, vinculando-a criminalmente.

De outro lado, a suposta insuficiência dos esquemas jurídicos clássicos de atribuição de responsabilidade penal constituiu um impulso decisivo para o surgimento de propostas teóricas defensoras de uma *personalidade jurídica eletrónica*, no plano civil, e de uma conseqüente responsabilização criminal direta da máquina como resposta ao *responsability / accountability gap*. Defende, por exemplo, *Gabriel Hallevy* a ideia aparentemente simples de que estando verificados os pressupostos da responsabilidade criminal numa entidade, ela deve ser responsabilizada, seja ela um ente físico, um ente coletivo ou um ente artificial²⁷. Numa clara compreensão utilitarista da responsabilidade penal, a extensão do direito penal às máquinas autónomas e inteligentes não exigiria, na visão do autor, grandes modificações aos pressupostos exigidos por esta responsabilidade, sendo possível identificar, na atuação da IA, os elementos externos (*actus reus*) e mentais (*mens rea*) exigidos por uma responsabilização penal.

IV. CRIMINALIDADE EMPRESARIAL, RESPONSABILIDADE, COMPLIANCE E IA: O ÚLTIMO COCKTAIL

Falar em *compliance* significa ter presente a possibilidade de conceber dois modelos-tipo de programas: um, que pode consistir na promoção

²⁶ DIAMANTIS, Mihailis E., «The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law», 98 N.C. L. Rev. 893 (2020); também BRYSON / DIAMANTIS / GRANT, «Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons», *Art. Intelll Law* (2017), p. 273 e ss.

²⁷ Cf. HALLEVY Gabriel, «The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – From Science Fiction to Legal Social Control», *Akron Intellectual Property Journal* Vol. 4, Issue 2 (2010), p. 199; *id*, *Liability for crimes involving artificial intelligence systems*, Springer, 2015, p. 61. Para uma apreciação crítica da construção deste autor, SOUSA, Susana Aires, «“Não fui eu, foi a máquina”...», *cit.*, p. 77s. Em sentido crítico, também, RODRIGUES, Anabela Miranda, «A justiça punitiva entre a americanização e a europeização», *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, *cit.*, p. 52s.

de uma cultura ética e de legalidade; outro, que radica em mecanismos de vigilância ou controlo.

Assim,²⁸ de acordo com o primeiro modelo, o programa de *compliance*, cujo elemento central é o código ético, é orientado para a promoção dos valores. Conta, naturalmente, com medidas de controlo, perspetivadas como procedimentos internos usuais ao funcionamento de uma empresa voltada para a ética negocial, designadamente, de *due diligence*, sendo fundamentalmente concebido como um instrumento de promoção de um ambiente empresarial «livre de ilícitos», interiorizado por todos como uma mais-valia reputacional e em termos de valor da empresa. Neste modelo, a denúncia integra-se na cultura empresarial como um *ato cívico empresarial* e não com a conotação pejorativa de uma *delação*²⁹. Já o segundo é perspetivado em função da vigilância, sendo agora o seu núcleo duro constituído por medidas de controlo. Um modelo de *compliance* perspetivado a partir da vigilância e controlo tem ingredientes – tais como, recurso a circuitos de videovigilância, registos telefónicos ou de acesso à internet – que encerram o perigo de converter a empresa numa espécie de *panopticum* e conferir ao empresário uma posição de *big brother*.

Neste contexto, observa-se, em geral, que um modelo deste tipo seria incompatível com direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como a vida privada ou a intimidade, o segredo das comunicações ou o direito à proteção dos dados. E é fácil compreender como a digitalização alimenta este modelo e potencia os seus custos³⁰. A contínua monitorização dos trabalhadores facilita a identificação do erro e, sobretudo, facilita que se aponte aquela falha individualizada a uma conduta individual, identificada e indicada pelo algoritmo. A *presunção de responsabilidade* que assim

²⁸ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico*, cit., p. 1058 e bibliografia aí citada.

²⁹ A forma de funcionamento dos canais de denúncia configura um sinal revelador do modelo de *compliance* implantado. É essencial a um modelo ético os canais serem anónimos e específicos, que permitam a administradores e empregados e a pessoas externas à empresa que comuniquem, sob confidencialidade, situações que podem representar riscos empresariais. Desta forma, tem-se em vista não fomentar um ambiente de perseguição *entre* as pessoas da empresa e de perseguição *das* pessoas da empresa. E, assim, por um lado, prevenindo, não só situações de denúncias de má-fé, uma vez que a confidencialidade não impede a responsabilidade e o sancionamento do denunciante, sendo esse o caso; e, por outro lado, procurando salvaguardar de repercussões disciplinares, profissionais ou penais os denunciantes de comunicações de boa-fé. Neste contexto, de definição do modelo de programa de *compliance* de feição ética, é de interesse referir a criação de canais que assumem contornos de *help-desk*, com funcionalidades também de comunicação de irregularidades (*tell-us*), que se inscrevem numa prática de *compliance help desk*.

³⁰ Sobre isto, RODRIGUES, Anabela Miranda/SOUSA, Susana Aires, *Julgar*, cit., III, 2.

se estabelece alia-se à dupla transferência de responsabilidade da empresa para as pessoas individuais, e, entre estas, dos administradores para os quadros intermédios ou mais baixos da empresa (*top-down*). Com efeito, o algoritmo tem a capacidade de identificar com precisão o momento do erro, desconsiderando o contexto e o «filme do acontecimento»³¹. As repercussões ao nível processual, sobre a presunção de inocência, ressaltam daqui: a «fotografia» do erro alivia a empresa e sobrecarrega a defesa do trabalhador. O algoritmo permite que a empresa supere, com facilidade, o teste da adequação abstrato-concreta do programa de cumprimento aumentando a possibilidade de excluir a sua responsabilidade à custa da presunção de culpa do trabalhador³².

V. A CONCLUIR

O *compliance* constitui, nas últimas décadas, o «ovo de Colombo» para reguladores e regulados. A afirmação oculta as suas potencialidades e fragilidades, sobretudo quando se tem em conta, como é o caso deste estudo, o *compliance* criminal. À sua função socializadora contrapõe-se uma visão securitária do *compliance*, que recupera a empresa como instituição *total*. Com os sistemas de IA que se aliam hoje ao *compliance*, ela converte-se, além disso, em empresa *inteligente*. Ainda mal refeitos dos alçapões da responsabilidade vicarial e das ambiguidades do defeito de organização, encontrar modelos de responsabilidade pelos crimes *da* empresa e praticados *na* empresa é, para os penalistas, de novo, urgente.

³¹ O chamado «filme dos acontecimentos»: cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico*, cit., p. 112, nota 229.

³² Sobre esta questão de particular relevância em modelos autónomos de responsabilidade criminal das empresas, RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico*, cit., p. 112 e s; *id.*, «Compliance programs and corporate criminal compliance», *Polar-Portuguese Law Review*, Vol. 2, January 2018, n.º 1, p. 5 e ss. No contexto processual, cabe ainda considerar que o algoritmo é também um meio de obtenção da prova, de criação privada. No ordenamento jurídico português, do lado do aproveitamento probatório destas informações para fins de responsabilidade criminal, sempre sobrarão os limites inultrapassáveis à sua validade, à luz do Artigo 32º, n.º 8 da Constituição e do artigo 126.º do Código de Processo Penal.

Circunstancia atenuante de análoga significación y trastorno del juego

Daniel Montesdeoca Rodríguez
Profesor Ayudante Doctor (Acreditado a Contratado Doctor)
de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria-ULPGC



I. ACERCAMIENTO A LA REALIDAD CRIMINOLÓGICA DEL JUEGO

EN LOS ÚLTIMOS AÑOS, venimos asistiendo al imparable crecimiento de los juegos de azar¹. Como consecuencia de la aparición de nuevas líneas de negocio concentradas en casas de apuestas y en los juegos *online*, la accesibilidad y la facilidad de participar en ellos se ha multiplicado, acercando a los potenciales jugadores a una nueva realidad que tiene y que tendrá efectos importantes en el fenómeno criminal. Esta situación, puede ser más creciente en el ámbito de los menores, provocando consecuencias y efectos directos en la justicia penal juvenil².

Desde instituciones públicas y privadas se llama la atención sobre el peligro social que representan las apuestas a través de internet y en locales «a pie de acera», ya que permiten una mayor facilidad en el acceso, y en donde los juegos de azar *online* han adquirido una notable popularidad entre los adolescentes. Este incremento del número de jóvenes jugadores

¹ Según www.epdata.es, y teniendo en cuenta los datos referidos al juego online en España, este «tuvo unos márgenes de 749 millones de euros en 2019, lo que supone un aumento de un 7.15% respecto a 2018, según el informe sobre el sector del juego online de la Dirección General de Ordenación del juego».

² Vid. GARCÍA RUIZ, P./BUIL GAZOL, P./SOLÉ MORATILLA, M.J. (2016), «Consumos de riesgo: menores y juegos de azar *online*. El problema del juego responsable», en *Política y Sociedad*, volumen 53, número 2, págs. 551-575.

fomenta la aparición de los factores de riesgo relacionados con el trastorno del juego.

Antiguamente, la ludopatía era visible y exponía a la persona que la padecía porque acudía a lugares relativamente públicos, las máquinas tragaperras en bares, el bingo o el casino; sin embargo, ahora se juega y se apuesta en privado, desde el teléfono móvil, siendo únicamente necesaria una conexión a internet para que cualquier persona, incluso menor de edad, acceda a las casas de apuestas y se jueguen su dinero.

II. REGULACIÓN NORMATIVA DEL JUEGO

Las apuestas deportivas y los juegos online fueron autorizados a través de la *Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego*. La referida norma contiene un nuevo marco jurídico para las actividades de explotación y gestión de juegos de ámbito estatal, y su finalidad principal es la de convertirse en «la norma sectorial de referencia en materia de explotación de juegos a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos en el ámbito estatal».

Las competencias de regulación, autorización, supervisión, control y, en su caso, de aplicación del régimen sancionador en el ámbito de las actividades de juego online de ámbito estatal, la ostenta la Dirección General de Ordenación del Juego (DGOJ) como órgano del Ministerio de Consumo, bajo la dependencia de la Secretaría General de Consumo y Juego. Respecto a sus concretas funciones se encuentran previstas en el art. 66 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre*, y en la disposición adicional de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

Conforme a los artículos 34 y 35 de la *Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego*, se estableció la creación del Consejo de Políticas del juego (CPJ), como órgano de participación y coordinación de las Comunidades Autónomas y el Estado en materia de juego. En particular «las Comunidades Autónomas y el Estado, mediante el Consejo de Políticas del Juego, promoverán las actuaciones pertinentes, incluyendo la posibilidad de formular propuestas normativas de acuerdo con las respectivas competencias, para favorecer la convergencia del régimen jurídico y fiscal, así como la regulación en materia de publicidad, patrocinio y promoción aplicable a cualquier modalidad de juego, tipo de juego y operador en todo el territorio nacional³».

³ El Consejo de Políticas del juego es por consiguiente «un órgano no decisorio, de composición paritaria y de propuesta y estudio de la normativa básica de los juegos

III. EL JUEGO PATOLÓGICO COMO TRASTORNO MENTAL

De la evidencia práctica se obtiene la relación directa existente entre el trastorno del juego, con el incremento y expansión de la difusión de la oferta, así como de las consecuencias que genera, especialmente en los adolescentes y personas vulnerables psicológicamente⁴.

Tanto la *American Psychiatric Association* (APA), como la Organización Mundial de la Salud (OMS), consideran el juego patológico como un trastorno del control de los impulsos, que se desarrolla en la persona que lo padece de forma crónica y progresiva, viéndose incapaz de resistir el impulso de jugar. Su clasificación la enmarcan, junto a otros trastornos, en un epígrafe general denominado «trastornos en el control de los impulsos no clasificados en otros apartados». De otro lado, corrientes contrarias señalan su proximidad psicopatológica con otros trastornos, como los afectivos; espectro de los trastornos obsesivo-compulsivos; y, sobre todo, con la dependencia de sustancias⁵.

No obstante, fue la APA cuando en 1980 incorporó en su catálogo de patologías, la denominación de «juego patológico» en su Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-III)⁶. Adecuándose a una realidad creciente, incorporó en su última versión revisada, una patología más concreta: la adicción a los videojuegos⁷.

En la misma dirección, La Organización Mundial de la Salud (OMS), incluyó en la CIE-10⁸, dentro de la Clasificación Estadística Internacio-

y de cualquier aspecto de las actividades de juego, que dada su naturaleza precise de una actuación coordinada del Estado y las Comunidades Autónomas».

⁴ Vid. FERNÁNDEZ MONTALVO, J./ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. (2000), Manual práctico del juego patológico: ayuda para el paciente y guía para el terapeuta, pág. 21. Al respecto, afirman los autores que «es un hecho incuestionable, que el crecimiento de la ludopatía está en relación directa con el aumento y difusión de la oferta de juego y que la indefensión ante esta avalancha afecta especialmente a los adolescentes y a las personas más vulnerables psicológicamente».

⁵ SÁNCHEZ HERVÁS, E. (2003), Juego patológico: un trastorno emergente, en *Trastornos Adictivos: Órgano Oficial de la Sociedad española de Toxicomanías*, volumen 5, número 2, págs. 75-87.

⁶ El DSM, (siglas en inglés de *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), es el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la *American Psychiatric Association*, y contiene las descripciones, síntomas y demás criterios para el diagnóstico de los trastornos mentales. Actualmente, es el sistema de clasificación de mayor aceptación, siendo su última versión revisada la DSM-5.

⁷ Vid. CARBONELL, X. (2014), La adicción a los videojuegos en el DSM-5, en *Adicciones: Revista de sociodrogalcohol*, volumen 26, número 2.

⁸ La Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas con la Salud, elaborada por la Organización Mundial de la Salud, constituye uno de los estándares internacionales más usados para elaborar e identificar tendencias de salud en

nal de Enfermedades, como categoría diagnóstica, el «juego patológico», añadiendo en su última versión revisada, la CIE-11, «el trastorno por videojuegos (*Gaming disorder*)», que se refiere al uso continuado y sin control del uso de juegos digitales o videojuegos, ya sea mediante conexión a Internet o sin ella.

La adicción al juego patológico hace referencia a la adicción a los juegos de azar, es decir, son aquellos donde no existe relación objetiva entre las habilidades que la persona jugadora posee y el resultado, que se encuentra supeditado únicamente a las leyes del azar⁹.

El juego de azar es un reto a la suerte, mediante el cual una persona proyecta sus esperanzas de cambiar el futuro a su favor o, al menos, de experimentar el placer del triunfo contra el riesgo del fracaso a pesar del sufrimiento que conlleva su incertidumbre.

La ludopatía es la adicción a los juegos de azar, y es considerada como enfermedad crónica¹⁰. La persona adicta se encuentra en una situación incontrolable, perdiendo la libertad frente al juego frente aquellas otras personas que no tienen la enfermedad¹¹, incapaz de controlarse ante la acción de jugar, perdiendo abundante tiempo y dinero, además de perjudicar a su entorno y a los distintos ámbitos de su vida, principalmente el laboral o el familiar. Esta circunstancia se sostiene y se genera por el juego patológico, que tiene su origen en una conducta inicial placentera que se replica temporalmente hasta llegar a convertirse en una conducta adictiva, perdiendo el control de la gestión de la acción de jugar, pero persistiendo en su comportamiento a pesar de las consecuencias que conlleve, orillando el interés por otras actividades que antes le eran gratificantes¹².

todo el mundo. Su propósito es permitir el registro sistemático, análisis, interpretación y comparación de los datos y su clasificación permite la conversión de los términos diagnósticos, facilitando el procesamiento y análisis de la información. Su última versión revisada es la CIE-11.

⁹ Vid. SALABERRÍA IRÍZAR, K./BAÉZ, K./FERNÁNDEZ MONTALVO, J. (1998), El juego patológico: un problema social, en *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, número 33, págs. 1134-7147.

¹⁰ Vid. RAMOS BRIEVA, J.A. (2005), Superar la ludopatía.

¹¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2002. Respecto a la cuestión, el alto Tribunal establece que «la característica de la manifestación neurótica de los jugadores patológicos es su compulsión al juego, en el que participan de forma ansiosa, sin poder cortar con el hábito que ha creado en ellos una dependencia psicológica».

¹² ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./BECOÑA IGLESIAS, E./LABRADOR ENCINAS, F.J. (2010), El juego patológico: avances en la clínica y en el tratamiento, págs. 22-24.

IV. RELACIÓN DEL JUEGO PATOLÓGICO CON LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

La atenuante de análoga significación¹³ contenida en el art. 21.7 CP, reconocida pacíficamente al abrigo de la analogía *in bonam partem*, desempeña una función de recogida¹⁴, desplegando sus efectos en la acomodación concreta y particular de la pena a la culpabilidad del autor.

El Tribunal Supremo¹⁵ glosó los supuestos de encaje en la aplicación de la atenuante analógica: «en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; en cuarto lugar las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas».

Básicamente, conviene diferenciar dos tipos de atenuantes, siendo: las específicas¹⁶, que sin ser coincidentes, contienen aspectos semejantes a alguna de las atenuantes previstas en el art. 21 CP; y las genéricas¹⁷, referidas

¹³ Vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2019), Derecho Penal. Parte General. «Es expresión del aforismo *favorilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*, es decir, debe ampliarse lo favorable y restringirse lo perjudicial».

¹⁴ ORTS BERENQUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2019), Compendio de Derecho Penal, pág. 517.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2003. Para apreciar la atenuante analógica específica se requiere «la confrontación de los hechos de análoga, parecida o semejante significación al contenido de las atenuantes que, como típicas, se contienen en el texto penal, puesto que la analogía, parecido o similitud ha de tener un término comparativo que excluya la creación de una figura de atenuante incompleta *extra legem*».

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2004. Según el alto Tribunal, «no es preciso que se refiera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el mismo (como se venía exigiendo tradicionalmente), sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema

a aquellos supuestos en que sin conectarse con ninguna de las expresadas en el art. 21 CP, abarcan alguno de los elementos que forman el esquema de atenuación previsto.

Respecto a nuestra cuestión central, el Tribunal Supremo considera la ludopatía como «una entidad nosológica que se presenta dentro de una conducta más general de incapacidad para controlar los impulsos, que naturalmente no afectan al discernimiento sino a la voluntad del individuo¹⁸».

De lo anterior se deduce, la pulsión del autor en el juego, volviéndose irresistible, actuando en el momento en que la oportunidad de jugar se le presenta como probable, envolviendo y dominando su voluntad, como afirma además el Alto Tribunal: «por eso, y como también tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala –SSTS 462/2002; 1948/2009 o 262/2001–, la compulsión del ludópata actúa en el momento en que la oportunidad del juego se le presenta y domina su voluntad en torno al acto concreto de jugar, su relevancia afectará a la valoración de las mismas temporal e inmediatamente dirigidas a satisfacer tal compulsión en el ámbito lúdico, mientras que en otros actos más lejanos obrará solo como impulso organizado para lograr el futuro placer del juego, impulso que es en ese estadio, racional y dominable, o al menos no irrefrenable».

Para el alto Tribunal se entiende que el trastorno del juego contribuye a la alteración de la capacidad de culpabilidad, por afectar a la imputabilidad¹⁹, de forma que su efectos podrán anular, disminuir de forma grave o leve, conectándose así el nivel de graduación que podrá constituir una eximente completa, una eximente incompleta o una atenuante ordinaria²⁰. Es

de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal».

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2013.

¹⁹ *Vid.* MIR PUIG, S. (2015), Derecho Penal. Parte General. Considera el autor que «la imputabilidad debe definirse en función de la normalidad motivacional del sujeto. La responsabilidad penal falta cuando el sujeto actúa bajo el influjo de una motivación anormal, y este influjo puede tener lugar en términos tal que afecte a la normalidad psíquica del sujeto», pág. 583. Al hilo de la presente cuestión respecto a la imputabilidad, *Vid.* BERDUGO DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./ FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2010), Curso de Derecho Penal: Parte General, «la suficiente capacidad de motivación, es decir, la capacidad psíquica que se considera necesaria para atribuirle la categoría de responsable de ese hecho antijurídico».

²⁰ Al respecto, aclara el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 12 de julio de 2006, que en aquellos supuestos en los que el trastorno del juego sea leve no debe apreciarse la atenuante analógica: «como es fácilmente controlable, no debe producir efecto alguno sobre la responsabilidad penal, pues el legislador ha establecido claramente en el art. 21.2.^a que las adicciones o dependencias que no sean graves no constituyen causa de atenuación. Si esto es así incluso en casos de adicciones que crean

necesario incidir, que conforme a lo anterior, debe acreditarse en todo caso la adecuada relación de causalidad y de dependencia entre el trastorno y su repercusión en el hecho cometido, tal como se expresa en la jurisprudencia concreta: «la ejecución del mismo debe ser consecuencia del trastorno, por ello debe tratarse de una delincuencia funcional, esto es, provocada por la necesidad del sujeto de proveerse de dinero para satisfacer su ludopatía. Se trata en definitiva, de la misma estructura que la existente en el drogo-dependiente que comete delito para satisfacer su adicción a las drogas²¹».

Parece razonable, pues, que en aquellos supuestos en los que el autor sea considerado ludópata, resulte conveniente la acomodación de la sanción a través de una medida de seguridad, que conlleve la posibilidad de fines terapéuticos como el internamiento en centros de tratamiento especializados para este tipo de trastornos, cuando menos, el sometimiento a un tratamiento ambulatorio.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2014), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (DSM-5), 5ª ed. Ed. Médica Panamericana, Madrid.
- BERDUGO DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./ FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2016), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 3ª ed. Ed. Experiencia, Barcelona.
- CARBONELL, X. (2014), «La adicción a los videojuegos en el DSM-5», en *Adicciones: Revista de sociodrogalcohol*, volumen 26, número 2, págs. 91-95.
- CORRECHER MIRA, J. (2019), «Aproximación a la ludopatía en el sistema pena español», en *Revista Española de Drogodependencias*, número 44, págs. 1-13.
- CORRECHER MIRA, J. (2020), «La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, número 22.
- DE AGUILAR GUALDA, S. (2016), «Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los trastornos del control de los impulsos con repercusión penal. Texto adaptado al DSM-5 y LO 1/2015, de 30 de marzo», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 43, págs. 225-243.
- ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./BECOÑA IGLESIAS, E./LABRADOR ENCINAS, F.J. (2010), *El juego patológico: avances en la clínica y en el tratamiento*. Ed. Pirámide, Madrid.

dependencia física, como sucede con las sustancias estupefacientes, en mayor medida ha de aplicarse en supuestos de mera dependencia psíquica como ocurre con la adicción al juego».

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 78/2017, de 2 de septiembre.

- FERNÁNDEZ MONTALVO, J./ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. (2000), *Manual práctico del juego patológico: ayuda para el paciente y guía para el terapeuta*. Ed. Pirámide, Madrid.
- GARCÍA RUIZ, P./BUIL GAZOL, P./SOLÉ MORATILLA, M.J. (2016), «Consumos de riesgo: menores y juegos de azar *online*. El problema del juego responsable», en *Política y Sociedad*, volumen 53, número 2, págs. 551-575.
- GISBERT CALABUIG, J.A./VILLANUEVA CAÑADAS, E. (2018), *Medicina legal y toxicología*, 7ª ed. Ed. Masson-Salvat Medicina, Barcelona.
- MIR PUIG, S. (2003), *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Ed. B de f, Montevideo.
- MIR PUIG, S. (2019), *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*. Ed. Repertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2019), *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2019), *Compendio de Derecho Penal*, 8ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2016), «La atenuante analógica de cuasi-prescripción», en *La Ley Penal*, nº 119, págs. 1-25.
- RAMOS BRIEVA, J. A. (2005), *Superar la ludopatía*. Ed. Espasa, Madrid.
- SALABERRÍA IRÍZAR, K./BAÉZ, K./FERNÁNDEZ MONTALVO, J. (1998), «El juego patológico: un problema social», en *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, número 33.
- SALUD DE AGUILAR GUALDA, S. (2017), *Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos*. Ed. Bosch, Barcelona.
- SÁNCHEZ HERVÁS, E. (2003), «Juego patológico: un trastorno emergente», en *Trastornos Adictivos: Órgano Oficial de la Sociedad española de Toxicomanías*, volumen 5, número 2.
- SÁNCHEZ VILANOVA, M. (2019), *Neuroimputabilidad. Una mirada interdisciplinar a la responsabilidad de los trastornos de la personalidad desde los avances de la neurociencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

La aritmética y el código penal

Andrés Palomo del Arco



Con afecto y sentido agradecimiento a quien me abrió las puertas de la Universidad, de la cátedra de Dorado Montero y de Antón Oneca; y me facilitó las mimbres para conciliar jurisprudencia y doctrina.

«Antes el juez debía ser hombre de ciencia, hoy le basta conocer el arte»... «A algunos les ha parecido demasiado artístico el Código penal».

ICAM¹

I. LOS ORÍGENES

LA ARITMÉTICA Y EL DERECHO PENAL, con frecuencia tienen dificultades para conciliar. Sin embargo, para el condenado, el dato esencial es un número: cuántos años debe cumplir en «prisión»².

Nuestra doctrina decimonónica, denominaba parte artística del Código penal a la regulación dedicada a la determinación de la pena; en alusión tanto a su pretendida concepción armónica, como a la dificultad de su aplicación³. El origen de tal expresión, la encontramos en la actas de la

¹ *Informe dirigido al Gobierno de S. M. por el ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre la reforma del Código penal*, El Faro Nacional, Imprenta a cargo de D. Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1852.

² Según una nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística de 21 de septiembre de 2020, en 2019, se impusieron en España 147.736 penas de prisión; las penas de multa fueron 263.155 y las privativas de derecho 357.799, computando las accesorias.

³ Así, la obra de Ramón Ramiro RUEDA NEIRA, *Parte artística del Código penal vigente. Estudio teórico práctico de las reglas de aplicación de penas*, Imprenta de José M.^á Paredes, Santiago, 1890.

Comisión General de Codificación en la sesión de de 2 de octubre de 1844, donde se recoge de boca de Manuel Seijas la loa del *Código Criminal do Imperio do Brasil* de 1830: «Brasil se dio un código penal que considerada su parte artística es cosa perfecta, considerada su redacción es el colmo de la precisión y claridad, y considerada la penalidad, su exactitud gradual es geométrica». Cuando en el efeméride del centenario del código de 1848, Federico Castejón explica la expresión «parte artística»⁴, la describe como la consecuencia del el desplazamiento del arbitrio judicial por la legalidad «por virtud de ella la designación de la pena se hace por el legislador y su extensión por el magistrado»; pero de forma matemática.

El celo de Seijas fue tal en la búsqueda de esa precisión matemática, que encargado de redactar el Anteproyecto del Libro I del Código de 1848, se saltó la base décima de las aprobadas por la Comisión General de Codificación⁵, prescindió de la discrecionalidad del juez para la medición de la pena⁶, para incluir reglas de aplicación teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes, la consideración de la participación y de la tentativa, dentro del sistema de escalas y penas divididas en grados⁷.

Hasta hoy, con modificaciones no sustanciales, salvo tres hitos: i) la inclusión de la acumulación jurídica en el Código de 1870 (regla del doble límite, es decir, el triple de la pena más grave que en todo caso no podría sobrepasar un número concreto de años); ii) la aplicación de esa regla limitativa aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos, por reforma de la Ley 3/1967, de 8 de abril, cuando por su conexión, los hechos pudieren haberse enjuiciado en un solo, y iii) la supresión de escalas en el actual Código de 1995, que añade más operaciones aritméticas, en la determinación del grado superior e inferior de la pena, con resultados no siempre acompasados a la entidad delictiva que sancionan.

La reforma de 1967, no fue excesivamente expansiva, pese al tenor de su Exposición de Motivos, pues con anterioridad, si bien la aplicación jurisprudencial de las penas impuestas en diferentes procesos era restrictiva, el texto no impedía la acumulación de penas aunque no existiera conexidad

⁴ *Apuntes de Historia política y legislativa del Código Penal de 1848*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, número extraordinario conmemorativo del centenario, Instituto Editorial Madrid, 1953.

⁵ «Para cada violación se designará una pena con un máximo y mínimo dentro de los que los tribunales harán la aplicación discrecional según las circunstancias del hecho y de los culpables».

⁶ José ANTÓN ONECA, «El Código Penal de 1848 y Don Joaquín Francisco Pacheco», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 18, 1965, p. 485

⁷ Emilia IÑESTA PASTOR, «El Código Penal de 1848», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 622 y ss.

entre los delitos⁸. Evolucionaría con la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que especifica una exigencia cronológica, que hoy día es la única que subsiste, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Pero la dificultad para el «artista», no solo deriva de la inclusión de reglas aritméticas, siempre áridas para la mayoría de los juristas por sencillas que fueran (se comparó esa actividad con el mecanismo de un autómata de relojería –Saldaña– o una caja registradora –Castejón–), pero sobretodo, porque la dosimetría positivizada conllevaba previamente el ejercicio de una calificación que normativamente había sido omitida, cual es los criterios del distingo de cuando nos encontramos ante una infracción singular y cuando ante una pluralidad delictiva y en este caso concretar el número de delitos cometidos; también en el caso de pluralidad delictiva distinguir los conceptos normativos que diferencian sus diversas manifestaciones. De ahí, que ya a inicios de siglo XIX, Max Ernst Mayer⁹, aludiera a otro arte primigenio en este ámbito, *el arte de contar de delitos*.

2. DESAJUSTES EN EL AUTOMATISMO DEL CÓDIGO PENAL ACTUAL

2.1. En el caso de delitos singulares, las *reglas generales de aplicación de las penas* de los arts. 61 y siguientes, salvo alguna excepción, no presentan arduas tareas de concreción, aunque su resultado sí puede conducir a extrañas consecuencias de difícil justificación dogmática. Veamos algún ejemplo:

- i) *El idéntico peso de cualesquiera atenuante si concurre sola para marcar el umbral máximo del marco punitivo*. Consecuencia del 66.1.1^a; a ese efecto todas las atenuantes simples «pesan» igual. Resulta indiferente que se trate de dilaciones indebidas que la confesión del culpable. Sea cual fuere el desvalor de la circunstancia que cualifica ese concreto asesinato (por ejemplo la brutalidad del ensañamiento), concorra confesión o concurren dilaciones indebidas, automáticamente el umbral máximo punitivo establecido en el art. 139.1 en veinticinco años, baja a veinte.
- ii) *El idéntico peso de cualesquiera agravante si concurre sola para marcar el umbral mínimo del marco punitivo*. Consecuencia del 66.1.2^a; a ese efecto todas las agravantes «pesan» igual». Resulta

⁸ CORDOBA RODA, J., en VV.AA., Comentarios al Código Penal, Tomo II, ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 347.

⁹ Max Ernst MAYER (1915), *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Winter, Heidelberg (Derecho Penal. Parte General; trad. S. Politoff Lifschitz; ed. B de f, Buenos Aires, 2007, p. 194.

indiferente que se trate de alevosía que de disfraz; de modo que, concurra solo una o solo otra, en un delito de mutilaciones genitales del 149.2, el umbral mínimo del marco punitivo, de seis años sube a nueve.

- iii) *Degradación de la pena.* Al Código no le interesa, al menos no diferencia entre sus efectos, cuál sea la causa de la degradación; sí influye en los casos donde se posibilita, para bajar la pena en un grado o en dos; pero una vez decidido bajarla en un grado, opera de igual forma concurra una eximente incompleta que la atenuante de dilaciones indebidas cualificadas, por poner ejemplos disímiles. Pero no sólo la causa, sino también la entidad del delito degradado, de modo que resultan equiparados en «peso punitivo» una estafa o apropiación agravada del art. 250, inicialmente sancionada con pena de uno a seis años de prisión que un delito de usurpación, inicialmente sancionado con pena de uno a dos años de prisión. De modo que la degradación de la pena, conlleva con frecuencia, un injustificado igualitarismo punitivo para múltiples delitos de muy diversa gravedad.
- iv) *Agravación y degradación sucesiva,* no equivale a la pena base, sino que unas veces es superior y otras, inferior. Así en el secuestro del artículo 164 castigado con pena de seis a diez años de prisión, si mediara encierro superior a quince días, la pena sería la superior en grado: de diez años (y un día) a quince años; y si hubiere que degradar (en caso de complicidad, por ejemplo), la pena resultante sería de cinco a diez años de prisión.

En el caso de adquisición, posesión, almacenamiento, tráfico, transporte... de sustancias materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas, se sancionan en el art. 345 con la pena de uno a cinco años de prisión; que ha de ser superior en grado para quien las produzca: de cinco años (y un día) a siete años y seis meses; pero si hubiera que degradar la pena al acusado de esta producción, el marco punitivo sería de dos años y seis meses a cinco años.

Es decir la agravación y posterior degradación, además de no equivaler a la pena prevista para el delito base, en unos casos concluye con un umbral mínimo de menor cifra que en la conminación inicial y en otros en cifra más grave; y ello, por circunstancias ajenas a cualquier criterio relacionado con la dogmática penal, exclusivamente derivado del azar aritmético; no de la extensión del marco punitivo, en el caso de uno a cinco, al igual que de seis a diez, difieren cuatro años; sino según el umbral máximo duplique o no al mínimo, en el delito contemplado.

2.2. Pero donde mayor incomprensión genera con frecuencia el resultado punitivo, se contempla con la entrada en juego las *reglas especiales para la aplicación de las penas*: cumplimiento sucesivo de las penas de prisión, delito continuado, máximo de cumplimiento efectivo de la condena, concurso ideal, concurso medial, restricciones a la excarcelación del penado.

Nuestra codificación mantiene la ausencia de previsiones del Código Penal de 1848, sólo establecía una regla especial dosimétrica para el concurso medial y concurso ideal, corregida con la limitación del monto de la punición por separado de las infracciones que los conforman, incorporada por Ley de 3 de enero de 1908 y la nueva resultante de la LO 1/2015, para el medial; el Código ni define ni explícita cuáles son las diferencias entre las distintas modalidades de concurso de delitos, denominación que ni siquiera utiliza. Hasta la LO 5/2010, no se introduce en el actual Código Penal el término «concurso» para aludir a la pluralidad de infracciones delictivas (vid. 131.5). La reforma operada por ley de 25 de junio de 1983, incorporaría el delito continuado y nuevas reglas aritméticas para su punición, que variaron lógicamente con el Código del 95, al desaparecer las escalas, pero también por Ley Orgánica 15/2003, que incluye una agravación facultativa, que implica varias operaciones aritméticas concatenadas, al castigarlo «con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

Una vez que el avezado intérprete aprende a distinguir: la unidad típica de acción, la unidad natural de acción, el delito continuado, el concurso de normas, los diversos concursos de delitos; comienzan las concreciones punitivas.

Veamos algún ejemplo de escasa intelección dogmática de la aritmética resultante:

- i) *Umbral mínimo del tipo agravado compatible con el marco punitivo del tipo básico.* Es el caso del delito de estafa y de apropiación, donde el tipo básico se castiga con pena de prisión de seis meses a un año y el agravado de un año a seis. Si la cuantía de la estafa continuada se determina por el monto total de la cantidad defraudada (art. 74.2 inciso inicial), tres defraudaciones continuadas de quince mil euros cada una, se castigan conforme al art. 74.1 y al 249 con pena de prisión de un año y nueve meses a 3 años de prisión (ó hasta tres años y nueve meses, en su caso); pero si son cuatro defraudaciones continuadas de quince mil euros cada una, al superar el perjuicio total los 50.000 euros, pasa a ser estafa

agravada, sancionada con pena de prisión de un años a seis, pues no opera el 74.1 (mitad superior de la pena más grave), al haber sido ponderado ya el delito continuado para agravar la estafa). Es decir, el umbral mínimo baja de tres años y seis meses a un año, «precisamente» por ser tipo agravado.

- ii) *La penalidad del concurso ideal*, en principio resulta más benévola que si de concurso real se tratara, pues por definición no puede ser superior a la que resultara de penarse por separado (art. 77.2). Así un atentado a agente de la autoridad del art. 550.1.y 2, que originara lesiones del art. 147.1, la mitad superior de la más grave es una pena de un año y nueve meses a tres años. Si el tribunal decide imponerle la mínima de ese tramo, de un año y nueve meses, es porque ha considerado que por separado, le correspondería más (un año por cada delito, por ejemplo). Pero si procede después acumulación de condenas en virtud del art. 76 y no existe pena más grave del año que la resultante del concurso, al hallar la triple como máximo de cumplimiento, será de tres años y veintisiete meses, precisamente por resultarle más «beneficioso» el «concurso»; mientras que si tanto por las lesiones como por el atentado, le hubiese sido impuesto un año, el triple de la mayor, restaría en tres años de prisión.
- iii) Cuestión que se agudiza con el *concurso medial*, pues con la redacción resultante de la LO 1/2015, agravado, pues en ningún caso permite penar por separado las infracciones que lo conforman; siendo la resultante siempre superior al que hubiera correspondido a la más grave.

2.3 Sirvan de ejemplo de alguna de las paradojas que derivan de nuestro aritméticamente encorsetado sistema punitivo, con sustento en la desconfianza de los tribunales, donde además, por razón de la fecha de comisión y de la fecha de enjuiciamiento, es viable la coexistencia de múltiples penas de prisión, que no sean susceptibles de acumulación jurídica entre sí, por lo que nada obsta en teoría a la existencia de condenados a un monto global de cuarenta, cincuenta, sesenta años...; y que de forma teórica, en cuanto no acumuladas, se cumplen de manera independiente y sucesivamente; aunque en la práctica, penitenciarmente, se consideran unitariamente para acceder a los permisos penitenciarios, tercer grado o suspensión de la ejecución del resto de la pena (libertad condicional).

Precisamente en las condenas de larga duración con una pluralidad de delitos cometidos, es donde el sistema punitivo español, conlleva mayor margen de aleatoriedad, pues por razones de seguridad (evitar la «mochila»

o «patrimonio punitivo»¹⁰, se hace depender la acumulación jurídica, no de la gravedad de los delitos cometidos o de la peligrosidad del reo, sino esencialmente a una correlación cronológica, como es la fecha del enjuiciamiento o más precisamente de la sentencia condenatoria, en relación a la fecha de los hechos de los sentencias dictadas con posterioridad.

Efectivamente, el art. 76.1 indica que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años, 25, 30 ó 40, según específicas circunstancias en relación a la pena abstracta conminada en los delitos objeto de condena.

Poca literatura científica existe sobre qué parte en la elección de esas cifras obedece a criterios lógicos y qué parte a la mera arbitrariedad.

En todo caso, la proyección aritmética resulta de fácil aplicación respecto de los delitos enjuiciados en un mismo procedimiento, donde una de esas cifras operará de límite; pero en el 76.2 añade: *la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar*; es decir a una determinada condena se podrán acumular para establecer un límite máximo de cumplimiento, las impuestas en sentencia de fecha posterior, siempre que enjuicien delitos cometidos con anterioridad a esa inicial condena contemplada. De modo que en caso de condenas procedentes de procesos diversos, unas veces habrá lugar a fijar ese límite (acumulación jurídica) y en otras no procederá y habrá que estar a su acumulación material o estrictamente aritmética, sin poder fijarse un límite para el conjunto de las condenas impuestas a un mismo penado.

Consecuentemente, en virtud de la relativa aleatoriedad de la celeridad con que discurren los diversos procesos, es posible que pese al cada vez más amplio ámbito de operatividad del art. 76.2, existan condenas no acumulables cuya suma aritmética exceda de los límites del art. 76.1, como la práctica muestra. Notoriedad mediática, tuvo el interno Antonio Porto Martín, en marzo de 2009, cuando se le notificó la liquidación de condena que mantenía tres bloques de cumplimiento independiente, no acumulables, de 20 años, 12 años y otra de 20 años más, que sumaban un total de 52 años. En mayo de 2013, existían 253 personas presas sin contar las

¹⁰ La carencia de agravación condenatoria alguna por la comisión de ulteriores delitos.

condenadas por terrorismo, contaban con condenas no acumulables superiores a los 30 años, de ellas, 56 purgaban condena a más de 40 años¹¹.

El propio Tribunal Constitucional, en el Auto 352/2008, de 10 de noviembre, ante la alternativa de la anulación de todo el sistema impositivo de penas, afirmó que «el hecho de que las penas a cumplir finalmente, excedan del límite del art. 76 del Código penal, no implica que sean intrínsecamente inhumanas, degradantes o vejatorias».

Por otra parte, la previsión facultativa del art. 78.1 CP, prevé que beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias y no a la resultante de la acumulación, lo que posibilita que una condena de 40 años se cumpla íntegramente, sin haber mediado un solo día de excarcelación.

También el art 76, contiene una mención específica para la prisión permanente revisable; con su inclusión el cuadro de la dosimetría, la «parte artística» del Código Penal, pasa de figurativa a abstracta, la concreción numérica de pena y su régimen de ejecución, se confunden en imprecisa *conmixción* e indefinida duración; con la constante conminación de prisión por vida, para determinados delitos, que como la experiencia enseña, para toda excepción insertada en el ordenamiento penal, tiende a expandirse. Pues el legislador ha optado por definir esta pena a través de los criterios de su ejecución; donde el elemento que determina la posibilidad de cumplimiento, excusión hecha de la muerte del condenado en prisión, es la denominada reversibilidad de la pena de prisión permanente, en definitiva, su revisión que se identifica con las condiciones de acceso a la libertad condicional, de muy diverso régimen y extensión¹².

Ello conduce a una paradoja, cual es, que mientras la media de personas en prisión por cada 100.000 habitantes, ha descendido de 163,2 a 123,3 en una década (de 2010 a 2020, donde quizás la reforma de las penas del art. 368, no es ajena), el tiempo medio de estancia aumenta (20,2 meses frente a los 10,1 de media europea) y la edad de la población carcelaria también incrementa hasta los 40 años, con un porcentaje del 20% superior a los 50 años, muy superior a la media europea¹³.

¹¹ RIOS, J., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y constitucional*, Donostia/San Sebastián, 2013, p 199; con fuente en datos suministrados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

¹² PALOMO DEL ARCO, A., «La pena de prisión permanente revisable. Una pena innecesaria», en *Fiscal.es*, Madrid, 2016, p. 7. Curso formación Fiscalía General del Estado, 2016.

¹³ Todos estos datos y los que inmediatamente prosiguen, así como los cuadros, son obtenidos del documento *Prision Populations SPACE I-2020*, elaborado

No obstante sigue existiendo un diferencial de 20 puntos con la media europea, que es de 103,2, en España, frente a nuestros 123,3, aunque esta cifra coincide prácticamente con la mediana europea: 124; también si excluimos preventivos las cifras se aproximan algo: 101,2 en Europa, 117,8 en España; siendo favorablemente destacado que se haya logrado reducir la proporción de los internados en situación de prisión provisional, un 16% frente a una media europea de un 26%.

Ello origina, que pese a la escasa tasa de ingresos en prisión, 74,4 por cada cien mil habitantes, cuando la media europea es de 177,6, la tasa de población penitenciaria, por contra, exceda en veinte puntos la media europea. De igual modo la media del índice de rotación en Europa es del 50% y en España no alcanza el 35%.

Especialmente relevante es la extensión de las condenas, donde se contabilizan 2.323 sentencias con penas superiores a veinte años de prisión; cifra (sin relativizar ahora en relación a la población), en términos absolutos, similar al de Grecia (2.372) e Italia (2461), sólo superado por Rusia (19.504) y Turquía (38.352). Aunque si a la anterior cifra, adicionamos las condenas a prisión perpetua (o por vida), Alemania se nos aproxima, Francia y Grecia nos superan e Italia casi nos duplica y pese a ello, la media de estancia en prisión por condenado media en meses (para toda Europa la ratio es 11), computando el total de condenados, salvo Rusia es más amplia en España:

	Francia	Grecia	Italia	Alemania	Rusia	Turquía	España
>20 años	1900	2372	2461	—	19.508	38.352	2.323
Prisión Per.	493	949	1806	1800	5.571	8.463	<i>no consta</i>
Estancia media	10,8	16,8	15,8	7,9	28,6	<i>no consta</i>	19,9

En esta situación donde el ordenamiento penal posibilita penas de prisión con una duración tan desmesurada, resulta patente la innecesaridad

para el Consejo de Europa por los profesores de la Universidad de Lausana (UNIL) Marcelo F. Albi y Mèlanie M. Tiago. Disponible en https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwp.unil.ch%2Fspace%2Ffiles%2F2021%2F04%2F210330_FinalReport_SPACE_I_2020.pdf consultado el 14 de julio de 2021.

de la pena de prisión permanente¹⁴, adjetivada como revisable, pero una vez establecida y entendida como de mayor gravedad que las temporales, lo que carece ya de todo sentido, es que ocasionalmente pueda ser de mejor condición para el condenado, la prisión permanente frente a varias penas temporales no acumulables.

Ha sido ocasional, pero puede dejar de serlo, el supuesto que contempla la STS núm. 298/2017, de 27 de abril, donde el recurrente solicitaba la aplicación retroactiva de las normas contenidas en el Código Penal tras la reforma operada en el mismo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, ya que entendía que la nueva regulación, que suponía la imposición de la pena de prisión permanente revisable, le resultaba más beneficiosa.

Veamos algunos ejemplos, referidos a la posibilidad de acceder a permisos de salida o a la obtención de la libertad condicional, donde el requisito cronológico deviene más corto para el condenado a prisión permanente revisable:

Requisito temporal para la obtención de PERMISOS DE SALIDA para una condena de 40 años		
	<i>Tiempo mínimo</i>	<i>Norma</i>
	Cumplimiento ¼ condena : 10 años	47.2 LOGP
Requisito temporal para la obtención de PERMISOS DE SALIDA en condena por Prisión Permanente Revisable (PPR)		
General (no terrorismo)	8 años	36.1 CP
Requisito temporal para acceder a la LIBERTAD CONDICIONAL con		
	<i>Tiempo mínimo</i>	<i>Norma</i>
DOS condenas de 40 años NO acumulables	Cumplimiento 3/4 condena : 60 años	90 CP y art. 193 del RD 190/1996, de 9-II

¹⁴ Además de una constitucionalidad más que dudosa, decía nuestro homenajeado en *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana», en la lección inaugural del curso académico 2018-2019, que celebraba el octavo centenario de la Universidad de Salamanca, editado por su Secretaría General.

Requisito temporal para acceder a la LIBERTAD CONDICIONAL con		
	<i>Tiempo mínimo</i>	<i>Norma</i>
DOS condenas de 30 años NO acumulables	Cumplimiento 3/4 condena : 45 años	90 CP y art. 193 del RD 190/1996, de 9-II
DOS condenas de 25 años NO acumulables	Cumplimiento 3/4 condena: 37 a y 6 m	90 CP y art. 193 del RD 190/1996, de 9-II
DOS condenas de 20 años NO acumulables	Cumplimiento 3/4 condena: 30 años	90 CP y art. 193 del RD 190/1996, de 9-II
DOS condenas PPR	30 años	78 bis.I.c) y 2 b) CP

3. POSIBLES PALIATIVOS

Es difícil, ante esta asistemática normativa, sin una reestructuración general, rehabilitar el edificio punitivo y conservar alguno de los restos «artísticos» no deteriorados.

El edificio de 1870, pese a su carácter retribucionista y aunque fuera quien introdujo la regla del triplo, posibilitaba mejores esperanzas para las penas de larga duración y las condenas múltiples; y así estableció que el máximo de duración de la condena del culpable no podrá exceder del triple de tiempo porque se le impusiese la más grave de las penas en que haya incurrido dejando de imponérsele las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo del tiempo predicho; sin que en ningún caso pueda dicho máximo exceder de cuarenta años. Computándose para la aplicación de lo dispuesto en la regla la duración de la pena perpetua en treinta años (art. 89.2). Además, cumplidos treinta años, se ordenaba la concesión de indulto «a no ser que por su conducta u otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno» (art. 29).

Pero incluso ya Groizard, que encarnaba el pensamiento retribucionista en el seno de la Comisión¹⁵, entendía que habría bastado fijar un tipo menos alto, *el duplo por ejemplo como barrera ante la cual debieran*

¹⁵ Luis SILVELA CASADO, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Tomo II, 2.ª edición, Madrid, 1903, p. 254.

*detenerse los efectos de la reunión de las penas*¹⁶. Regla del triplo por tanto, que surgió como elemento corrector de la suma aritmética de las condenas, sin sustento doctrinal, antecedente histórico ni ejemplo comparado, sino que se debió al criterio del ponente codificador que entendió solución equidistante entre la acumulación absoluta de todas las condenas y la absorción por la más grave.

Aunque ciertamente, dada la evolución y desarrollo de la normativa sobre ejecución de penas, la ponderación de la progresión científica y el doble visado del Juez de Vigilancia Penitenciaria y del Tribunal sentenciador respectivamente, sobre los hitos decisivos de cumplimiento de la pena, la absorción de la condena más grave con alguna corrección agravatoria, debía bastar. Al menos establecerla como criterio general, con eventuales excepciones. Ya el ICAM en su informe de 1852, lo proponía. Conviene recordar ahora, las penas que prevé el Código de 1995 son singularmente altas, pues oyó el legislador que las penas cortas de prisión debían ser suprimidas y lo hizo con el expeditivo método: allí donde los tipos contemplaban un umbral mínimo del marco punitivo de un mes de prisión, estableció seis meses; y a partir de este singular «humanismo» punitivo, incrementó las penas para los diversos tipos en atención a su gravedad.

Limitaciones de cumplimiento máximo, que deben prescindir del requisito cronológico que incluye el art. 76.2, en aras de evitar condenas de por vida que hacen palidecer a la prisión permanente; dado que el patrimonio punitivo o la posibilidad de conocer que un nuevo delito no conlleva mayor pena, nunca deseable, puede tener corrección en la ejecución de la pena, donde las posibilidades de excarcelamiento, aun en constante cumplimiento resultan muy diversas y con amplia variedad cronológica en su efectiva consecución.

El seguimiento del penado, resulta fundamental, tanto durante su estancia en prisión, como en la salida de la misma. No solo por el equipo interdisciplinar, también el seguimiento judicial. El expediente de ejecución, debe ser único, residenciado desde la primera condena en un único Juzgado o Tribunal; la dispersión actual no favorece precisamente atender a las posibilidades de acumulación jurídica que tenga ejl penado; sólo la Administración penitenciaria, sirve de enlace en relación con los diversos tribunales que impusieron condena, y exclusivamente en relación a las condenas pendientes de cumplimiento, aunque las ya cumplidas pudieran ocasionalmente también servir de reducción (en el Acuerdo de Pleno la

¹⁶ Vid. Comentario a los artículos 88, 89 y 90 de Alejandro GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *Código Penal de 18780 concordado y comentado*, Tomo II, Imprenta de D. Timoteo Arnáiz; Burgos, 1872, pp. 398 y ss.

Sala Segunda de 8 de mayo de 1997 se aceptó la propuesta de la aplicación del artículo 76 con relación a las penas ya cumplidas respecto a las que el condenado haya ganado licenciamiento, si le resultare favorable).

Mientras no rija el criterio de la absorción, también debería resultar obligatorio en la individualización de la pena, cuando de concursos se trate, fijar la pena que individualmente hubiera correspondido a cada delito; en el caso del delito continuado bastaría indicar la que correspondería a la de mayor gravedad de haberse cometido en solitario; y correlativamente posibilitar deshacer el concurso o la continuidad para determinar el triplo de la más grave.

La previsión de la prisión permanente revisable como pena única en los tipos delictivos donde se prevé, anula el arbitrio judicial y dificulta con frecuencia acomodar la pena a la culpabilidad. Ciertamente no es la arbitrariedad de los jueces lo perseguido en esa constricción punitiva. Igualmente sucede con las reglas dosimétricas del art. 66, que pese a la remisión a la mayor o menor entidad de las circunstancias, la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, con frecuencia tendrá preponderancia en la fijación punitiva el número de las que concurran, sobre criterios de culpabilidad del agente e incluso, exigencias de la prevención.

De otra parte, tanto más, mientras siga contemplándose como pena única, los plazos de revisión de la prisión permanente revisable, deberían rebajarse, en acomodación a las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa [Resolución 76(2) de 17 de febrero de 1976: nunca más tarde de 14 años].

No deja de ser triste, que entre todas las medidas o potenciales reformas, la más efectiva, sería, ciertamente sin distingo derivado del dato aleatorio de su imposición en el mismo o diverso proceso, el retorno al criterio de acumulación jurídica del Código de 1870, que ya en su promulgación, a quienes encarnaban el pensamiento retribucionista, les parecía de excesivo rigor.

Al legislador corresponde en tiempos de algoritmos, olvidar o reformular la aritmética penal, para acomodar las penas resultantes a los arts. 15 y 25.2 CE; no debe preocuparse de que la tarea resulte más o menos «artística», basta que posibilite dimensiones temporales no solo secantes sino inequívoca y concéntricamente constitucionales. En la actualidad, no precisa ir a buscar ejemplos lejanos; Portugal, Francia, Alemania, Holanda, Austria, muestran algunas soluciones a ponderar.

¿Qué hay de Antony Duff? La necesidad de *comunicar* un derecho penal retributivo a los ciudadanos de las democracias liberales

Laura Pascual Matellán
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de Salamanca



La exclusión también es evidente en la retórica política del derecho penal: el castigo penal es algo que «nosotros», los ciudadanos cumplidores con la ley, les imponemos a «ellos», los otros peligrosos de quienes debemos estar protegidos; o, visto desde el otro lado, se recibe como algo que «ellos», los poderosos, nos infligen a «nosotros», los desfavorecidos¹.

Antony Duff

SANTIAGO MIR PUIG se refirió al retribucionismo como «la concepción más tradicional de la pena (...) exigida por la Justicia, por la comisión de un delito»². Esta finalidad de la pena parte de la creencia, comúnmente extendida, de que un mal cometido tiene que ser sancionado penalmente a través de un castigo, siempre que su realización esté prohibida en una codificación penal. Ese castigo se fundamenta en el merecimiento. Esto equivale a decir que una persona

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-099097-B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ DUFF, R. A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015, p. 25.

² MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p. 84.

debe ser castigada porque se lo merece³. Sin embargo, no debe cometerse el error de asimilar exclusivamente la teoría retributiva a las reflexiones sobre el castigo realizadas por los idealistas alemanes Kant y Hegel o reducirla a la Ley del Tali3n⁴. El retribucionismo ha sido objeto de innumerables cr3ticas y reformulaciones; pero, a pesar de los ataques que ha sufrido esta forma de entender la funci3n de la pena, as3 como las fisuras que se presentan en esta teor3a y que la han llevado a una constante actualizaci3n, la retribuci3n ha conseguido llegar al siglo XXI conservando cierta dignidad. La explicaci3n de su mantenimiento a lo largo del tiempo es sencilla: en los imaginarios colectivos sigue imperando la idea de que la causaci3n del mal debe ser castigada. En cambio, una reflexi3n filos3fica ser3a sobre esta cuesti3n nos llevar3a a intentar darle respuesta a preguntas complejas como ¿a qu3 miembros de la sociedad debemos castigar?, ¿en qu3 medida debemos hacerlo? y ¿qu3 hechos deben cometer esos ciudadanos para que se pueda establecer una sanc3n retributiva? Esto siempre que se admita como primera premisa la retribuci3n.

Las teor3as de la retribuci3n no han sido bien acogidas por la doctrina espa3ola que, de forma mayoritaria, se ha situado en el plano consecuencialista⁵. No obstante, la retribuci3n s3 ha gozado de reconocimiento en otros pa3ses donde se han desarrollado propuestas teor3icas que actualizan la fundamentaci3n del castigo. En Alemania destacan las aportaciones de Jakobs (a medio camino entre la retribuci3n, la inoctrizaci3n y la

³ El retribucionismo, al igual que ocurre con otras finalidades de la pena, se ha ido sofisticando con el tiempo y cada vez est3 m3s presente en las teor3as retribucionistas contempor3neas la incorporaci3n de una serie de l3mites cuyos or3genes se remontan a la teor3a de la retribuci3n 3tica y a la teor3a de la retribuci3n jur3dica. Esto implica que las personas deben ser castigadas bas3ndonos en su nivel de merecimiento. A este respecto, nadie podr3a ser castigado por encima ni por debajo de lo que se merece. Una apreciaci3n que en el marco de las teor3as preventivistas se refleja en el principio de proporcionalidad.

⁴ Fueron Kant y Hegel los autores encargados de corregir la antigua Ley del Tali3n introduciendo l3mites de proporcionalidad entre la gravedad del da3o cometido y la gravedad del da3o que se impone como castigo.

⁵ A pesar de que son pocos, en Espa3a hay penalistas partidarios de la teor3a retributiva de la pena, como Ricardo Robles Planas y Bernardo Jos3 Feijoo S3nchez. Ambos recogen las aportaciones del retribucionismo alem3n y norteamericano. V3ase: ROBLES PLANAS, R., *L3mites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentaci3n del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012 y FEIJOO S3NCH, B.J., *La pena como instituci3n jur3dica. Retribuci3n y prevenci3n general*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

prevención general)⁶, de Hörnle (defensora del retribucionismo y de la prevención especial positiva)⁷, de Frisch (admite la retribución, pero no como finalidad de la pena)⁸, y de Pawlik (ensalza la idea de compensación presente en los postulados retributivos)⁹. En Estados Unidos el retribucionismo ha alcanzado su máximo esplendor con las aportaciones de Moore¹⁰; pero son varias las voces que han impulsado la más tradicional y, por qué no señalarlo, reaccionaria de las finalidades de la pena. En un sentido más profundo y centrándose en quiénes deben ser los destinatarios del castigo, desarrolla su propuesta Robinson y realiza una doble distinción en la categoría de merecimiento: el merecimiento empírico y el merecimiento ontológico¹¹. La otra gran voz del retribucionismo en norteamérica es Duff, que buscó y estudió las debilidades de la retribución para corregirlas y construir una teoría comunicativa sobre el castigo. En ella me centraré a continuación.

I. DUFF Y EL RETRIBUCIONISMO. UN CASTIGO DE «IMPACTO MODERADO» Y UN DERECHO PENAL QUE FUNCIONE LEGÍTIMAMENTE EN SOCIEDADES INJUSTAS

1. *La construcción de una teoría de la penitencia secular*

La función retributiva de la pena ha sido combatida por dirigir su mirada al pasado, al hecho que ya se cometió, al que ya no se puede prevenir, ni cambiar. En términos de utilidad social, centrarse en el pasado carece de sentido y pensar en el futuro (cómo prevenir la delincuencia y la reincidencia o reiteración delictiva) parece más importante. Las consecuencias

⁶ JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 80 y ss. La coherencia jurídica de una teoría del castigo que entremezcla elementos preventivos y retributivos es, cuanto menos, cuestionable.

⁷ HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 44 y ss. Para un mejor desarrollo de la cuestión se puede consultar la obra en su lengua original: HÖRNLE, T., *Straftheorien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

⁸ Aunque Frisch está incluido en el retribucionismo, dudo de su calificación como retribucionista. FRISCH, W., «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2014, pp. 21-24.

⁹ PAWLIK, M., «¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho penal internacional alemán ante el foro de la teoría de la pena», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2011, pp. 17 y ss.

¹⁰ MOORE, M. S. «Justifying retributivism», *Israel Law Review*, volume 27, 1997, pp. 15-49.

¹¹ ROBINSON, P. H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 32 y ss.

sí importan y es ese es el lema del prevencionista. Las teorías absolutas parten de la idea de que las sanciones penales se imponen por una cuestión de necesidad (por justicia y merecimiento) y desde las teorías relativas, en contraposición, se defiende que las sanciones penales deben imponerse por una cuestión de utilidad. Es importante tener en cuenta que dentro de las teorías absolutas de la pena han adquirido cierta relevancia las teorías de la expiación. Cabe recordar que la idea de expiación ya estaba presente en la teoría absoluta kantiana¹². La expiación podría definirse como la reconciliación del delincuente con la sociedad, con el ordenamiento jurídico y con él mismo a través de la idea, de origen judeocristiano, de arrepentimiento. En esta línea se articula la propuesta penológica de Duff, que es una teoría de la penitencia no religiosa, puesto que entiende que la penitencia es un proceso doloroso por el que pasará el delincuente como consecuencia de que ha comprendido que ha «pecado» o, en otras palabras, que ha sido consciente del mal causado. En el marco de una teoría de la penitencia no religiosa o secular¹³, como es la de Duff, el arrepentimiento tiene un sentido simbólico que permitirá la reconciliación del arrepentido (el delincuente) con los miembros de la sociedad en la que vive. Sin embargo, y en las antípodas del pensamiento neorretribucionista de Jakobs, el delincuente, en la teoría de Duff, no puede ser excluido de la sociedad o comunidad (no puede ser un enemigo) porque, para que tenga lugar ese sentido simbólico que se le otorga al arrepentimiento, el delincuente no puede ser excluido indefinidamente de esa comunidad. En otras palabras, sólo los miembros de una sociedad o comunidad a la que pertenece el individuo que ha delinquido podrán recomponer su relación con él a través del arrepentimiento. Por tanto, no puede lograrse el objetivo excluyendo de esa comunidad al delincuente de forma perpetua, aunque Duff sí admite la separación temporal. En esta teoría de la penitencia interviene el autor del delito, su víctima y la comunidad. La idea de comunidad adquiere un valor muy importante en esta filosofía del castigo. Esto también se manifiesta en su defensa de los trabajos al servicio de la comunidad como alternativa a la pena privativa de libertad, ya que constituirían un reflejo

¹² «(...) jamás se ha oído decir que un condenado a muerte por asesinato se haya quejado que con ello le está sucediendo algo excesivo y, por tanto, injusto; cualquiera se le reíría en la cara si hablara en este sentido». KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 170.

¹³ Para más información sobre el concepto de penitencia secular, puede consultarse la siguiente investigación: VALENZUELA SALDÍAS, J., «La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 23, núm. 1, julio 2010, pp. 255-268.

de la penitencia y reconciliación con la sociedad¹⁴ que Duff propone en su teoría. En su renovación del pensamiento penal, nuestro autor establece una teoría comunicativa de la pena y la penitencia porque la pena es considerada un proceso comunicativo entre el sujeto activo del delito y la sociedad o comunidad política. Esa labor comunicativa es puesta de manifiesto en su propia definición de pena. El autor del delito debe conocer el rechazo y la repulsa social que se deriva de su conducta con el objetivo de que se arrepienta del daño causado y lo repare no en términos materiales, sino en términos morales. La pena tendrá la misión de dirigir al delincuente hacia el arrepentimiento, y conseguir un cambio en su conducta futura¹⁵ y en su foro interno (su moral, sus sentimientos, sus motivaciones...) ¹⁶. En su artículo «Penance, Punishment and the Limits of Community», Duff reflexiona sobre si las ideas religiosas pueden tener lugar en una teoría normativa del castigo penal; sin embargo, defiende la idea de penitencia secular como una parte de la involucración de la ciudadanía en el derecho penal. En lo que respecta a la pena como intromisión en el foro interno del ciudadano, esto ha sido duramente criticado por el retribucionismo desde sus orígenes y, en el marco de una teoría absoluta, supone un desafío para el autor. Ni siquiera desde la actual prevención especial positiva se admite la realización de cambios en el foro interno del delincuente¹⁷ y pretenden reinsertar consiguiendo que la personas no atenten contra bienes jurídicos protegidos (con independencia de lo que piensen o sientan). Duff argumenta su posición, de aparentemente difícil encaje retributivo, señalando que la penitencia secular se dirige al autor del delito como agente moral. Para Duff, una determinada actitud moral te lleva a realizar una determinada conducta. En este sentido, no se trata de cambiar la moral del delincuente, sino de persuadirlo para que se dé cuenta de que no ha obrado correctamente y se arrepienta de lo que ha hecho. La pena se presenta, como puede observarse, como una vía de comunicación moral. En cuanto al delito, este es mostrado como un problema que afecta a toda la comunidad y en el que están presentes una serie de rasgos mora-

¹⁴ Debemos entender los trabajos al servicio de la comunidad, desde la óptica de Duff, no como una reparación material del daño material cometido por el autor del delito, sino como una reparación moral; pero no una reparación moral de un daño material, sino de un daño también moral. DUFF, R.A., «Penance, Punishment and the Limits of Community», *Punishment and Society*, núm. 5, 2003, p. 301.

¹⁵ La introducción de este matiz en la teoría retribucionista de Duff me sugiere los difusos márgenes de la coherencia del pensamiento retributivo que comienza a buscar «utilidad» y «consecuencias».

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Estos cambios sí eran admitidos en la prevención especial positiva impulsada por los correccionalistas.

les que pueden llevar al autor del mismo al arrepentimiento. Los miembros de una comunidad son considerados responsables morales y, en este sentido, el Estado no puede dirigirse a ellos utilizando un lenguaje neutro, la comunicación deberá ser moral. El autor del delito es un agente moral que forma parte de una comunidad política de la que se aleja al cometer el delito y con la que se tiene que reconciliar a través del arrepentimiento por ser un responsable moral¹⁸.

Las teorías de la expiación han sido objeto de duras críticas, un hecho que no ha impedido que, a pesar de su calificación de anticuadas, Duff las volviera a poner en el centro de una filosofía del castigo en el siglo XXI. No obstante, estas críticas a las teorías de la expiación también podrían ser aplicables a la teoría de la penitencia secular de nuestro autor. En primer lugar, se rechaza la idea de poder generar en el sujeto arrepentimiento porque el arrepentimiento es algo que tiene lugar en el ámbito interno del delincuente y no es posible, mediante la pena, hacer una labor sugestiva que lo genere. En segundo lugar, la idea de expiación es metafísica (perracionalista) y generaría dudas razonables de su compatibilidad con un Estado de Derecho secularizado¹⁹.

A pesar de las críticas y del desafío a las mismas que intenta realizar Duff con su teoría normativa del castigo, en el código penal español se aprecian lógicas similares a las seguidas en estas teorías. Quizá el ejemplo más claro sea la idea, también judeocristiana, de perdón que aparece recogida en el artículo 130.1.5º:

«Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla. En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal».

La idea de perdón está estrechamente vinculada con el arrepentimiento. El perdón llega con mayor facilidad gracias a que previamente ha tenido lugar el arrepentimiento por el hecho cometido²⁰.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 302 y ss.

¹⁹ Un obstáculo que Duff intenta salvar con su idea de penitencia secular.

²⁰ Las ideas de perdón y arrepentimiento también están presentes en alternativas a la sanción penal, como la justicia restaurativa. En España ya han tenido lugar

Las lógicas de las teorías retributivas de la expiación también estarían presentes en la regulación de la confesión en el art. 21.4 del código penal:

«Son circunstancias atenuantes: (...) La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades».

La idea de confesión se asocia a la idea de arrepentimiento; pues, en la medida que se confiesa, se entiende que hay algo en el foro interno que te lleva a ello. No obstante, es de sobra conocido que la atenuación de la pena por el delito cometido cuando se confiesa el hecho antijurídico está muchas más veces relacionada con esa atenuación de la condena que con el arrepentimiento mismo. En cualquier caso, tanto la confesión del autor del delito como el perdón de la víctima son dos rescoldos de las teorías de la expiación que mantienen su presencia en la legislación penal española.

2. *Castigo sí, pero ¿cuánto?, ¿para quién? y ¿por qué?*

El retribucionismo es una herramienta muy útil y ventajista para realizar críticas a las debilidades de las teorías de la pena relativas que ocupan el escenario penal contemporáneo, concretamente a las fisuras que aprecian en los postulados consecuencialistas²¹. No obstante, el hecho de utilizar el retribucionismo para elaborar críticas, no implica que sea sencillo justificar, fundamentar o defender una teoría retributiva de la pena. La idea, tan asentada en los imaginarios colectivos, de que el autor de un delito debe ser castigado por sus malas acciones no sirve para fundamentar una teoría normativa del castigo, puesto que la fundamentación nos llevaría necesariamente a plantearnos cuestiones mucho más complejas como ¿a quién castigamos y por qué?, ¿cuánto castigamos?, ¿cómo castigamos?,

numerosos programas en este sentido. Véase: https://elpais.com/politica/2020/01/16/actualidad/1579197852_295405.html (última revisión realizada el 08/08/2021).

²¹ Conviene recordar, más allá de las críticas a postulados consecuencialistas, el eterno cuestionamiento a la imposición de la pena justa desde finalidades de la pena no retributivas, al encontrar en el retribucionismo la única herramienta para imponer ese castigo merecido (ni por debajo del nivel de merecimiento, pero tampoco por encima), siempre obviando, eso sí, la existencia del principio de proporcionalidad que ya lo garantizaba. No obstante, siguiendo esta línea, Duff critica los éxitos de la rehabilitación por no hacerse aquella con la misma proporcionalidad merecida que ofrece la retribución. DUFF, R. A., «Responsibility, Restoration, and Retribution», TONRY, M. (ed.), *Retributivism has a past: has it a future?*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011, pp. 66 y ss.

¿bajo qué pretexto un Estado de Derecho puede causar un daño a un ser humano?, ¿podemos castigar legítimamente en una sociedad que es injusta?, entre otras.

Los neorretribucionistas han intentado dar respuesta a esta cuestión desde la denominada *theory of the just distribution of benefits and burdens in a society*²². Esta teoría considera que la persona que comete un delito obtiene un beneficio y la pena será la carga impuesta capaz de contrarrestar el beneficio obtenido. Duff, en cambio, calificará de reduccionista esta teoría porque no abarca en su totalidad la idea de padecimiento merecido del retribucionismo.

En la teoría normativa del castigo penal de Duff se intenta dar respuesta a cuestiones que permitan lograr la fundamentación de la sanción penal y poder dotar a su propuesta de las herramientas filosóficas necesarias para la construcción de las bases del derecho penal. Podríamos empezar planteándonos ¿por qué Duff considera necesario imponer una sanción penal? En este sentido, la pena no es presentada únicamente en su teoría como una consecuencia jurídica del delito; es decir, no se limita a la lógica de: ante la comisión de un delito, se debe responder con la imposición de una pena. En el pensamiento penal de Duff, la sanción penal debe ser un castigo y este castigo es impuesto por ser la respuesta que mejor se adecúa a la acción delictiva pasada²³. Sin embargo, su retribucionismo introduce elementos no retributivos porque dota al castigo de una finalidad, al defender la reforma del delincuente y su reconciliación con los miembros de la comunidad. Para nuestro autor, la retribución debe perseguir que el delincuente sea consciente del daño cometido, de que ha obrado mal (de acuerdo a los parámetros de la sociedad en la que vive) y arrepentirse de su mala acción. Posteriormente, una vez conseguido el arrepentimiento, el delincuente debe cambiar, debe reformarse. Por último, la pena retributiva debe servir para reconciliar al delincuente con la comunidad humana a la que pertenece²⁴.

Otro aporte importante y que afecta, entre otras cuestiones, a la problemática de ¿a quién castigar? es la defensa que hace Duff de la necesidad de utilizar la teoría política y no solo la filosofía moral a la hora de teorizar

²² SADURSKI, W., «Theory of punishment, social justice and liberal neutrality», *Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, Springer, 1988, pp. 351 y ss.

²³ DUFF, R. A., «Reponsibility, Restoration, and Retribution», TONRY, M. (ed.), *op. cit.*, p. 80.

²⁴ Esta triple finalidad retributiva impulsada por Duff es conocida como las «tres erres»: *repentance, reform and reconciliation*. DUFF, R. A., «Punishment, Communication, and Community», TONRY, M. AND MORRIS, N. (eds.), *Studies in crime and public policy*, Oxford University Press, New York, 2001, pp. 107 y ss.

sobre el castigo. Mayoritariamente los teóricos del castigo han justificado el castigo en «el ejercicio de la filosofía moral»²⁵ porque el castigo es fundamentado en el merecimiento, pero todo ello se realiza sin reparar en la filosofía política cuya importancia destaca Duff. A este respecto, el castigo es entendido como una parte del derecho penal y el derecho penal es una institución política²⁶. Esto nos llevaría irremediabilmente a tener que justificarlo como una parte de un sistema político concreto. Si el derecho penal, pero concretamente la pena, es pensada de manera abstracta nos alejaríamos, desde la óptica de Duff, de entender el derecho penal como una institución política. Por tanto, la filosofía política es necesaria porque con la filosofía moral exclusivamente no podríamos dar respuesta a preguntas tales como ¿quién tiene derecho a sancionar penalmente? ¿a qué personas podemos imponerle un castigo? ¿tenemos razón en castigar a esas personas?, entre otras, puesto que estamos reflexionando sobre una práctica que es política y esta práctica política debe ser siempre objeto de análisis. En palabras de Duff: «Pero siempre necesitamos preguntarnos quién está haciendo qué a quién»²⁷.

El límite del castigo lo marcará, también en el pensamiento retributivo del autor, el merecimiento, que es el equivalente al límite, que dentro de las teorías mixtas de la pena que tienen la hegemonía en el espacio penal contemporáneo, marca el principio de proporcionalidad. Sin embargo, Duff considera que los castigos impuestos (de acuerdo a sus estudios sobre las penas y las tasas de encarcelamiento en Estados Unidos e Inglaterra) son excesivamente elevados o por encima del nivel de merecimiento. Esto le lleva a plantear como uno de los mayores desafíos penales el logro de un impacto más moderado del castigo y la delimitación de la expansión del derecho penal.

Otra de las cuestiones fundamentales que deberían ser respondidas por los teóricos de la filosofía del derecho penal (sean retribucionistas o no) es cómo puede funcionar el derecho penal de forma legítima en una sociedad que no es justa. Esta pregunta ha intentado ser contestada en varias reflexiones sobre el castigo o sobre su sustitución²⁸. Evidentemente la desigualdad social coloca a los individuos en casillas de salida más o menos ventajosas, por lo que hay personas que lo tienen muy fácil para no

²⁵ FERNÁNDEZ, A.; KENNY, P.E.; SÁEZ ZAMORA, F. y SARMIENTO, M.J., «Entrevista a Antony Duff», *Lecciones y Ensayos*, núm. 92, 2014, p. 302.

²⁶ DUFF, R. A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, op. cit., p. 29.

²⁷ FERNÁNDEZ, A.; KENNY, P.E.; SÁEZ ZAMORA, F. y SARMIENTO, M.J. op. cit., p. 303.

²⁸ Esto se aprecia en el correccionalismo penal de Pedro Dorado Montero. PASCUAL MATELLÁN, L., *Pedro Dorado Montero y el correccionalismo español. El difícil desafío de humanizar el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 376 y ss.

cometer delitos, pero hay otras que tienen muy difícil no hacerlo. Resulta complicado dar una respuesta a por qué se debe sancionar penalmente a un sujeto que ha cometido un delito, pero que se encontraba en una situación de desventaja social que influye en esa comisión (pobreza, exclusión, marginalidad...). A este respecto, Duff se pregunta: «¿Qué podemos hacer con el derecho penal cuando éste requiere una legitimidad dada en un contexto razonablemente justo para poder funcionar?»²⁹. Para responder a esta cuestión será, de nuevo, necesario acudir a la teoría política, que es presentada como el mecanismo para poder resolver las problemáticas derivadas de la construcción de una teoría normativa del castigo penal.

II. UNA TEORÍA COMUNICATIVA SOBRE EL CASTIGO

1. *La búsqueda de un derecho penal democrático no excluyente*

El lenguaje bélico impregna las páginas de los tratados de derecho penal y filosofía de la pena, pero es en la obra de G. Jakobs donde ese belicismo se manifiesta en su máxima expresión. El derecho penal es un arma y los delincuentes enemigos, personas ajenas a nosotros (la ciudadanía honrada). La concepción normativa de deber³⁰ (la pérdida del estatus de ciudadano se produce cuando cometes un delito, lo que obliga a la sociedad a defenderse) afirma un derecho penal excluyente (ellos y nosotros/ciudadanos y enemigos). La famosa teoría neorretribucionista del «derecho penal del enemigo» de Jakobs es construida desde la exclusión del otro (el enemigo, el delincuente) frente a la teoría neorretribucionista de Duff, que pretende configurar un derecho penal democrático inclusivo. En primer lugar, un derecho penal democrático llevaría irremediablemente a que nadie fuera calificado como enemigo³¹ y a eliminar la exclusión.

«Un derecho penal democrático no es algo que «ellos» (un soberano, una élite gobernante) nos impongan a «nosotros» como súbditos, ni algo que «nosotros» les imponamos a «ellos»: es un derecho que nos imponemos a nosotros mismos y unos a otros, como miembros en pie de igualdad del sistema político»³².

²⁹ FERNÁNDEZ, A.; KENNY, P.E.; SÁEZ ZAMORA, F. y SARMIENTO, M.J., *op. cit.*, p. 304.

³⁰ GOLDAM, A.H., «Toward a new theory of punishment», *Law and Philosophy*, 1982, pp. 57 y ss.

³¹ En este sentido se hace patente el difícil encaje que tiene la teoría de Jakobs en un Estado Social y Democrático de Derecho.

³² DUFF, R. A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, *op. cit.*, p. 30.

La idea de Duff es que la ciudadanía³³ que vive en una democracia liberal³⁴ sea respetuosa con el derecho que la protege y la obliga, y del cual es autora. No obstante, en su obra alude a la idea de no equiparar respeto con obediencia, sino con observancia³⁵.

Los ciudadanos en la república democrática liberal, sobre la que se articula la teoría normativa de Duff, pueden cumplir tres roles relativos al derecho penal: en primer lugar, estaría el rol de funcionarios públicos (legisladores, policías, miembros de la judicatura y funcionarios penitenciarios); en segundo lugar, el rol oficial en el que la ciudadanía tiene autoridad judicial, pero no son profesionales (ejemplo: miembros de un jurado popular); y, en tercer lugar, estaría el rol en el que participan todas las personas que han tenido algún tipo de conexión con un delito, bien sea como víctimas, delincuentes, testigos, sospechosos o acusados³⁶. El rol que evidentemente más le interesa a Duff es el último.

En lo que respecta a los delincuentes, la primera cuestión que se planteará Duff es la siguiente «si sé que he cometido un delito, ¿tengo la obligación cívica de buscar el rol formal de «delincuente» (...) entregándome a las autoridades pertinentes y declarándome «culpable» en mi juicio?»³⁷ Duff contesta a esta pregunta afirmativamente y esgrime dos razones: a) El delincuente tiene el deber cívico de no obstaculizar la empresa penal y b) el delincuente tiene el deber cívico de reconocer su acto como incorrecto. Todo ello siempre y cuando el acto cometido sea delictivo y no se convierta ese deber cívico en uno jurídico (penalizar no confesar).

Teniendo en cuenta lo anterior, Duff presenta al delincuente convicto como un miembro pleno de la comunidad política como podría serlo cualquier conciudadano.

³³ El concepto de ciudadanía de Duff está basado en su ansiada idea de inclusión. Los ciudadanos forman parte de la comunidad política y, siguiendo a Dworkin, se deben igual consideración y respeto (confianza cívica). Ser ciudadano, en la teoría de Duff, implica ser receptor de derechos, pero también portador de obligaciones y responsabilidades. *Ibidem*, pp. 36-39.

³⁴ «Sistema político que se autodefine por valores liberales centrales como la autonomía individual, la privacidad y la aceptación de concepciones plurales de bien». *Ibidem*, p. 38.

³⁵ *Ibidem*, p. 32.

³⁶ *Ibidem*, p. 40.

³⁷ *Ibidem*, p. 51.

2. *¿El lenguaje de quién? ¿El derecho de quién?*

*Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo*³⁸.

Wittgenstein

El lenguaje utilizado en los juicios es el lenguaje del derecho. En ese lenguaje se desenvuelven a la perfección jueces, abogados, fiscales y demás profesionales de la justicia. Entienden ese lenguaje, y emiten juicios y argumentan en él. Sin embargo, el acusado de un delito no es un profesional del derecho como tampoco lo son los miembros de un jurado popular ¿qué ocurre en estos casos? Si hay falta de comprensión se plantearía un problema de legitimidad. Por esta razón, Duff teoriza sobre la comprensión que deben tener los acusados y otras personas cuyo papel en el juicio es fundamental.

La comprensión necesariamente deberá ser normativa. No bastaría con una comprensión fáctica. Esto implica que la persona acusada de cometer un hecho delictivo tiene que entender que ha cometido un hecho definido como delito en una codificación penal, pero también tiene que ser capaz de advertir que es una conducta incorrecta (y para ello ser consciente de los valores que la llevan a serlo). Por otro lado, el acusado deberá tener la capacidad de emitir enunciados normativos en primera persona y no limitarse a emitir enunciados normativos desvinculados en tercera persona. La importancia del lenguaje en la filosofía de Duff radica en la necesidad de que un ciudadano acusado de un delito debe entender que se le acusa de la violación de sus obligaciones legales porque sólo así podrá comprender la acusación que se realiza. En el caso de que el acusado no tuviera este tipo de comprensión «aquél no podrá entonces entender ni responder al cargo por el que se le imputa»³⁹. Los miembros de un jurado popular, que tienen que declarar a un acusado culpable o inocente, deben ser capaces de hablar como jurado, con la voz de los que aceptan el derecho. En cambio, el acusado no tiene necesariamente que aceptar el derecho vigente, sino que ese derecho debe ser accesible para él⁴⁰.

«Los ciudadanos deben ser capaces de tener una comprensión suficiente del derecho como institución, y una comprensión suficiente de aquellos de sus aspectos que atañen a su conducta, para aprehenderlo

³⁸ Proposición 5.6 del *Tractatus Logico-Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein.

³⁹ DUFF, R. A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, op. cit., p. 48.

⁴⁰ Esa accesibilidad implicaría que ese derecho encarnara valores y exigencias que el ciudadano acusado podría aceptar.

como una fuente de exigencias y decisiones que puedan aceptar como vinculantes para ellos»⁴¹.

Esto llevó a Duff a defender un derecho penal que hable el lenguaje de la comunidad, lo que equivale a decir que el lenguaje del derecho no puede estar desvinculado del lenguaje común que utiliza el ciudadano medio. Esto no implica que el derecho no tenga sus conceptos específicos o vocabulario técnico, pero debe existir un puente que permita a la ciudadanía desplazarse desde el lenguaje corriente al lenguaje del derecho. Si esto no ocurre, la ciudadanía no podrá entender las obligaciones que emanan del derecho. Duff aboga por la existencia de una comunidad lingüística en la que sus miembros hablen el lenguaje común del derecho, aunque existan diferentes grados de fluidez. Mientras esto no se cumpla, faltará, según Duff, una precondition esencial de la responsabilidad penal.

«Tal vez siga habiendo un puente que conecta el lenguaje del derecho con nuestro lenguaje normativo extrajurídico, pero para algunos ciudadanos ese puente es tan largo, o tan empinado, que el derecho no puede razonablemente exigir que lo crucen»⁴².

III. UNA REFLEXIÓN FINAL

Sin lugar a dudas, Antony Duff es uno de los grandes renovadores del pensamiento penal contemporáneo, al construir una filosofía del castigo propia. Su interés por el comunitarismo político está presente en todos sus trabajos de reflexión penal y se manifiesta en cuestiones clave como que el derecho penal debe hablar el lenguaje de la comunidad o que un derecho penal tendrá que ser constituido por la colectividad para no perder su legitimidad. Su filosofía del derecho penal parte de la idea de que no puede fundamentarse la pena únicamente desde la filosofía moral, sino que se necesita a la filosofía política. Su propuesta está dirigida a cualquier sistema democrático que quiera incorporar un neorretribucionismo que, sin duda, es atípico y que demuestra cómo los retribucionistas han sofisticado sus teorías en los últimos tiempos. Sus ideas de inclusión, el fin del lenguaje belicista en el derecho penal, la idea de penitencia secular, su concepto de ciudadanía y comunidad... nos muestran un rostro de la retribución mucho más amable del que estamos acostumbrados a contemplar.

⁴¹ *Ibidem*, p. 49.

⁴² *Ibidem*, p. 59.

La obra de Duff se presenta articulada sobre tres categorías: la ciudadanía, la comunidad y el lenguaje, que le llevan a defender la existencia de una comunidad lingüística para que los ciudadanos consigan hablar el lenguaje del derecho en primera persona.

Duff defiende una retribución que no se limita al castigo merecido, sino que busca algo más. Persigue el arrepentimiento, la reconciliación y el cambio. Construye una auténtica teoría de la penitencia penal. A lo largo de este texto, he querido reflexionar sobre los rasgos principales de sus aportaciones y ofrecerle al lector un somero análisis de una teoría retributiva que no quiere castigos severos ni nos divide en ciudadanos y enemigos.

BIBLIOGRAFÍA

- DUFF, R.A. «Punishment, Communication, and Community», Tonry. M. and Morris, N. (eds.), *Studies in crime and public policy*, Oxford University Press, New York, 2001.
- DUFF, R.A. «Penance, Punishment and the Limits of Community», *Punishment and Society*, núm. 5, 2003.
- DUFF, R.A. «Responsibility, Restoration, and Retribution», Tonry. M. (ed.). *Retributivism has a past: has it a future?*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011.
- DUFF, R.A. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- FERNÁNDEZ, A.; KENNY, P.E.; SÁEZ ZAMORA, F. y SARMIENTO, M.J. «Entrevista a Antony Duff», *Lecciones y Ensayos*, núm. 92, 2014.
- FRISCH, W. «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2014.
- GOLDAM, A.H. «Toward a new theory of punishment», *Law and Philosophy*, 1982.
- HÖRNLE, T. *Straftheorien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- HÖRNLE, T. *Teorías de la pena*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- JAKOBS, G. *La pena estatal: significado y finalidad*, Civitas, Madrid, 2006.
- KANT, I. *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.
- MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOORE, M.S. «Justifying retributivism», *Israel Law Review*, volume 27, 1997.
- PASCUAL MATELLÁN, L. *Pedro Dorado Montero y el correccionalismo español. El difícil desafío de humanizar el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- PAWLIK, M. «¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho penal internacional alemán ante el foro de la teoría de la pena», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2011.

- ROBINSON, P.H. *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.
- ROBLES PLANAS, R. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.
- SADURSKI, W. «Theory of punishment, social justice and liberal neutrality», *Law and Philosophy*, vol. 7, núm. 3, Springer, 1988.
- VALENZUELA SALDÍAS, J. «La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 23, núm. 1, julio 2010.

Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos

Carlos Pérez del Valle
Catedrático de Derecho penal
Universidad CEU San Pablo (Madrid)



I. INTRODUCCIÓN

AUNQUE, CON FRECUENCIA, el Profesor Berdugo Gómez de la Torre había tratado aspectos vinculados con cuestiones de derecho comparado e internacional, en los últimos años ha intensificado su dedicación al derecho penal internacional y a la justicia transicional, cuya vinculación implica casi una identidad en lo metodológico. En estos ámbitos, existen dos reflexiones del Profesor Berdugo que motivan las líneas que siguen: por una parte, su argumentación relativa a la posible tipicidad de actos de terrorismo global como crímenes de agresión¹; por otra, sus reflexiones sobre la «vigencia real de los derechos humanos» al hilo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos².

Hago un apunte sobre la vigencia real de los derechos humanos. En 1982, Cherif Bassiouni proponía la tesis sobre la función de protección de los derechos humanos del derecho penal internacional, y definía distintas etapas, que culminaban precisamente con el desarrollo de preceptos

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El terrorismo en el siglo XXI: del terrorismo nacional al terrorismo global», *Revista penal*, N.º 42, 2018, pp. 5 y ss, p. 19.

² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El caso Herzog. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2018», *Revista de Estudios Brasileños*, Vol. 6, N.º 13 (2019), p. 28.

penales internacionales o etapa de criminalización³. La tesis, aunque matizada⁴, ha sido aceptada e incluso se ha desarrollado como propuesta teórica de fundamentación del derecho penal internacional en sentido estricto (*core crimes*)⁵.

Por otra parte, y sobre la cuestión del crimen de agresión y el terrorismo, parece que propuestas como la de Cherif Bassiouni dejan de lado ciertos ámbitos que hoy se consideran propios del derecho penal transnacional (*treaty crimes*). Este sería, por ejemplo, el caso del terrorismo o del tráfico de personas. Sin embargo, como demuestran las reflexiones del Profesor Berdugo, actos de terrorismo de extraordinaria entidad están relacionados con objetivos preferentes del derecho internacional, mientras que la vinculación entre el crimen de agresión y la protección de los derechos humanos aparece como algo indirecto, y, desde luego, más que cuando se habla de tráfico de personas. Por esa razón, me parece de interés indagar sobre el fundamento del derecho penal internacional, especialmente sobre la distinción con el derecho penal transnacional, que, con frecuencia, no resulta suficientemente justificada.

II. DESCRIPCIONES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Una descripción del Derecho penal internacional es, en la actualidad, posible, sin incurrir en demasiados aspectos polémicos, siempre que esta descripción se reduzca al derecho penal internacional en sentido estricto. De alguna manera, se mantiene el contenido del clásico concepto formal de Triffterer: «derecho penal internacional, en un sentido formal, es el conjunto de todas las normas penales de naturaleza penal del derecho internacional, que vinculan un determinado comportamiento (crimen internacional) con consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, por tanto, son aplicables directamente»⁶. Las aportaciones doctri-

³ CHERIF BASSOUNI, M., «The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights», *The Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9 (1982), pp. 193 y ss, p. 195.

⁴ STAHN, C./EIFFLER, S.-R., «Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 82 (1999), pp. 253 y ss, p. 266.

⁵ AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho* vol. 68 (2013), pp. 5 y ss, p. 6, pp. 22 y ss.

⁶ TRIFFTERER, O., *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Eberhard Albert, Freiburg i. Br., 1966, p. 34.

nales de las últimas tres décadas, sin duda marcadas por el estímulo que implicaron los antecedentes y la propia gestación del Estatuto de Roma, han contribuido decisivamente a ello, y muy particularmente a conformar un concepto restringido de Derecho penal internacional: se alude a los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, que se consideran los más graves de delitos que afectan a la comunidad internacional como un todo; esto es: los denominados *core crimes*⁷. Lo que legitima su existencia es, en ese sentido, «la paz, la seguridad y el bien del mundo» como bienes superiores de la comunidad internacional⁸. Estas expresiones son tomadas de forma literal del preámbulo del Estatuto de Roma: «recognizing that such grave crimes threaten the peace, security and well-being of the world»; «affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole (...)». La doctrina, sobre estos textos, hace en ocasiones alguna ligera variación para definir el objeto: derecho penal internacional es «el derecho penal de la comunidad de naciones, con la función de proteger los valores superiores de esta comunidad»⁹.

La segunda aproximación procede también del preámbulo del Estatuto de Roma, ligada de forma directa a los más serios crímenes que afectan a la comunidad internacional: «no deben quedar impunes y su persecución efectiva debe asegurarse con la adopción de medidas a nivel nacional y con el fortalecimiento de la cooperación internacional»; el objetivo es, de nuevo, «poner fin a la impunidad de quienes han perpetrado estos crímenes» y, de ese modo, contribuir a su prevención. Por tanto, la finalidad del derecho penal internacional, en sentido estricto, estaría vinculada a «la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos humanos»¹⁰. Creo no equivocarme si pongo en relación directa esta perspectiva con la de la macrocriminalidad, entendida como delincuencia que, pese a sus extraordinarias dimensiones y su gravedad, es relativamente inmune a la

⁷ WERLE, G./JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, 5.^a edic, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, 99.

⁸ Con otras referencias, WERLE, G./JESSBERGER, F., *Völkerstrafrecht*, 5.^a edic, 105.

⁹ BERGSMO, M./TRIFFTERER, O., en TRIFFTERER, O./AMBOS, K. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3 edic, C.H. Beck-Hart-Nomos, München, 2016, Preámbulo, 9.

¹⁰ AMBOS, K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, traducción de E. Malarino, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, p. 33. En p. 37: «Desde la óptica del derecho internacional se presenta el problema de que la praxis de los Estados (*repetitio facti*), necesaria junto con un convencimiento jurídico general (*opinio iuris*) para el nacimiento del derecho consuetudinario internacional, difícilmente se pueda fundamentar de cara a la amplia extensión de la impunidad de las severas violaciones a los derechos humanos».

sanción¹¹: el derecho penal internacional estaría legitimado como instrumento de lucha contra conductas de enorme potencialidad destructiva¹², conformes con el sistema o adecuadas a la situación, cometidas dentro de una estructura organizativa, un aparato de poder u otro contexto de actuación colectivo¹³, cuando esto tiene que ver con el Estado o con poderes paraestatales que permiten aquella inmunidad a la sanción¹⁴.

La triada «hechos con enorme capacidad destructiva –macrocriminalidad– impunidad»¹⁵ es, evidentemente, una aproximación descriptiva, lo que se reconoce cuando se hace referencia a la impunidad como «trasfondo jurídico-fáctico»¹⁶. De hecho, en los textos internacionales, al aludir a las graves violaciones de los derechos humanos, se hace referencia a hechos con gran capacidad destructiva. Pero es que la mención de los derechos humanos no tiene otra explicación que la lucha contra la impunidad de «severas violaciones»: se trata de una calificación a hechos que son, casi siempre, monstruosos, y cuya repugnancia se subraya con un valor que se entiende común. Mi tesis, sin embargo, es que, en este punto, es necesaria todavía una reflexión valorativa y, por tanto, la búsqueda de un fundamento normativo.

III. ¿UN FUNDAMENTO NORMATIVO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL?

En ese sentido, es paradigmática la significación que se atribuye a la impunidad. La lucha contra la impunidad, en sí misma, es característica de cualquier sistema penal, y también estatal, al menos cuando se hace referencia a los delitos de cierta gravedad, y sólo en el caso de que quiera hacerse hincapié en cierta tolerancia de delitos de poca gravedad; en

¹¹ Fundamentalmente, JÄGER, H, *Makrocriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989, p. 62, p. 202.

¹² REESE, C., *Großverbrechen und kriminologische Konzepte: Versuch einer theoretischen Integration*, LIT Verlag, Münster, 2004, pp. 121 y ss.

¹³ JÄGER, H, «Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte», in: GERD HANKEL, G./STUBY, G. (edic), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburg 1995, pp. 325 y ss, p. 327.

¹⁴ Sobre la diferenciación entre «criminalidad de los poderosos» y «macrocriminalidad», en este sentido, AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, p. 45.

¹⁵ De forma muy clara, aparece esta relación en AMBOS, K., «“Impunidad”, Makrocriminalität und Völkerstrafrecht Zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Vol. 79, No. 4 (1996), pp. 355 y ss, pp. 362-363, aunque la referencia a los hechos muy graves es implícita.

¹⁶ AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, p. 33.

realidad, hablar de lucha contra la impunidad al aludir sin más al derecho penal, es una tautología. Lo que sucede es que, en estos casos, concurren dos factores: el primero, que implica una cierta valoración, es que los crímenes internacionales son, sustancialmente, hechos de una gravedad extraordinaria, y no sólo cuantitativamente; el segundo, que es totalmente descriptivo, es que históricamente se ha mostrado que, pese a su gravedad, quedan impunes con frecuencia.

No pongo en duda el mérito de poner a la luz estos factores, y en ese sentido se entiende la insistencia sobre la idea de macrocriminalidad. Sin embargo, la dificultad para introducir aquí una valoración no puede ocultarse; al menos, una valoración común. Por un lado, porque la reunión de los *core crimes* responde, fundamentalmente, a razones históricas y no a una reflexión dogmática: afirmar que el crimen de agresión supone una «grave violación de los derechos humanos» en la misma medida que el genocidio o los crímenes contra la humanidad, resulta algo muy poco convincente. Por otro, porque, por esas mismas razones históricas, se dejan de lado delitos propios del derecho penal transnacional cuya vinculación directa a un hipotético sistema de protección de los derechos humanos parece mucho más claro que en algunos *core crimes*, como sucede en el caso de la trata de seres humanos¹⁷.

La reducción del concepto de macrocriminalidad al crimen de Estado actúa aquí de una forma selectiva, que, desde un punto de vista técnico-jurídico, se pone de manifiesto en la finalidad del genocidio («la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal», art. 6 del Estatuto de Roma) y en el marco del crimen de lesa humanidad («parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil», art. 7 del Estatuto de Roma). La implicación del Estado en delitos de tráfico de personas, sin que concurren aquellas exigencias, no es un genocidio, aunque, en un caso de tráfico de órganos, se haya producido la muerte o lesiones graves de muchas personas. Pero, pese a los esfuerzos del Estatuto de Roma en el art. 7.2c) al referir el tráfico de personas en el concepto legal de esclavitud, tampoco puede mantenerse que sea un crimen de lesa humanidad la trata de personas con fines de forzar a la prostitución a las víctimas, si no se subordina a un plan de ataque a la población civil. Esta reducción se confirma, precisamente en este último caso, si se observa como se aplica una ampliación a una «organización»

¹⁷ Esto es claro incluso en los textos de Naciones Unidas: en el Preámbulo del Protocolo de Naciones Unidas para la prevención, supresión y castigo del tráfico de seres humanos (Resolución de la Asamblea general 55/25 de 15 de noviembre de 2000, se indica, como objetivos: «to punish the traffickers and to protect the victims of such trafficking, including by protecting their internationally recognized human rights».

distinta del Estado en la definición del «ataque a la población civil» que constituye el marco del crimen de lesa humanidad: la Sentencia dictada en el caso de Dominic Ongwen afecta a la esclavitud sexual porque se considera que la organización que lideraba, Lord's Resistance Army (LRA), era «parte de un esfuerzo metódico y coordinado» con el gobierno de Uganda¹⁸.

Esta reducción a lo político es un aspecto que ha subrayado la doctrina con razón, como delimitación del concepto de macrocriminalidad¹⁹. Sin embargo, es, de nuevo, un elemento de la descripción que, por otra parte, afecta sustancialmente al genocidio y al crimen de lesa humanidad, pero tiene poco que ver con el crimen de agresión o con los crímenes de guerra, por un lado; y dificulta —como se ha visto— una reflexión que puede afectar, al menos, a algunos delitos que forman parte del derecho penal transnacional (*treaty crimes*), pero cuya diferencia sustancial con los *core crimes* es discutible.

En suma, lo que caracteriza al derecho penal internacional en sentido estricto es su descripción formal en un sentido amplio: la definición de delitos que lo constituyen; unas reglas de competencia por las que órganos internacionales (en ocasiones, híbridos) complementan las deficiencias de la jurisdicción nacional en la persecución de aquéllos; y la determinación de las fuentes que respaldan la competencia para la persecución. Los intentos de legitimación material encuentran algunas dificultades, porque, como creo haber mostrado hasta ahora, no es fácil encontrar un respaldo normativo que sea capaz de superar problemas que derivan de la mera descripción. No obstante, incluso quienes han ideado esta explicación descriptiva, reclaman un fundamento normativo. Pongo como ejemplo a Jäger: «una idea del derecho que no presta atención a este ámbito (se refiere a la macrocriminalidad), sino que lo oculta y asigna al derecho penal sólo

¹⁸ Sentencia de la Sala de Primera Instancia IX de 4 de febrero de 2021, párrafo 2803. En todo caso, en el párrafo 2802 se explica de forma general y, por cierto, con apoyo sustancial en cómo el LRA era percibido: «on the basis of these facts, the Chamber finds, first, that the LRA meets the definition of an “organisation” for the purposes of Article 7(2)(a) of the Statute. Further, the repeated occurrence of attacks on individual civilians, IDP camps and other civilian locations, and the LRA’s perception of civilians living in Northern Uganda as associated with the Government of Uganda, and thus as the enemy, of civilians living in Northern Uganda as well as the fact that the LRA abducted and enslaved, and used as sexual slaves and so called “wives”, and as domestic servants, a large number of civilians in a coordinated and methodical effort, reveal that the acts described above as an attack against the civilian population occurred pursuant to a policy to attack the civilian population».

¹⁹ AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, p. 45, con otras muchas citas en ese sentido.

las infracciones particulares del derecho penal intraestatal, se desacredita y se deforma a sí mismo»²⁰. Sin embargo, el círculo gravedad-macrocriminalidad-impunidad no se convierte en un fundamento normativo sólo con una mera referencia a los derechos humanos que, en estos términos, no hace sino distanciar algunos delitos que entran dentro de la enumeración de crímenes internacionales (el crimen de agresión o los crímenes de guerra) y cuestionar la separación de algunos delitos transnacionales (en diferentes sentidos, el terrorismo o el tráfico de personas).

IV. ¿LIMITACIÓN DE LA SOBERANÍA?

Esta visión meramente descriptiva no parece superada por el esfuerzo en la consideración de «bienes jurídicos protegidos»²¹ y, a mi juicio, porque esa perspectiva no enfoca adecuadamente la cuestión. En el derecho penal internacional, que conforma científicamente una «materia autónoma»²², debe hablarse de un principio o de un fundamento que justifique su autonomía, y no de un bien jurídico o de una sola norma infringida²³: el derecho penal internacional puede contener diferentes delitos que protegen distintos bienes jurídicos o infringen distintas normas; el problema real es el fundamento que explica lo que es de forma autónoma. Un ejemplo, al que ya he hecho alguna alusión, me parece claro: ¿existe un fundamento

²⁰ JÄGER, H., «Menschheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzeptes Theoretische Aspekte der Einsetzung eines UN-Kriegsverbrechertribunals», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, vol. 76, n. 3 (1993), pp. 259 y ss, p. 262.

²¹ Una exposición amplia al respecto en OLASOLO, H., «Los fines del Derecho Internacional Penal», *Revista Colombiana de Derecho Internacional* N.º 29 (2016), pp. 93 y ss, pp. 102 y ss. El hecho de que Olasolo finalice su exposición con la crítica a una postura que considera ecléctica, me hace pensar que mantiene, en este punto, un escepticismo similar al que defiende en el texto. En todo caso, este punto de vista (May, *Crimes against Humanity: A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005) es, en la definición del principio del daño internacional (pp. 80 y ss) tan descriptivo como los posicionamientos antes expuestos; me parece relevante, desde un punto de vista normativo, su visión «hobbesiana» de la seguridad, que él mismo aclara como tal vez una combinación de Hobbes y Locke (pp. 72 y ss).

²² ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 5 ed., Beck, München, 2020, Bd. I, 4/59.

²³ Intento aquí comprender diferentes puntos de vista, especialmente porque comparto la visión crítica (PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de derecho penal. Parte General*, 5 ed., Dykinson, Madrid, 2021, pp. 38 y ss; fundamental, JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 ed., 1991, 2/22 y ss, 2/25a y ss) de la mayoritaria teoría de los bienes jurídicos (por todos, ROXIN/GRECO, *AT-I*, 2/2 y ss).

para diferenciar el derecho penal internacional en sentido estricto y el derecho penal transnacional? La respuesta inmediata –descriptiva– es clara: para la aplicación del derecho penal internacional en sentido estricto existe una jurisdicción.

En efecto, la pregunta sobre la fundamentación del derecho penal internacional no puede ser respondida sin una referencia a la jurisdicción competente y, en su caso, a la constitución de los tribunales²⁴. Históricamente, la determinación de qué conductas son crímenes internacionales ha estado ligada de forma inseparable a la creación de una jurisdicción o de la definición de normas de competencia²⁵. Pero, en principio, si la cuestión es quién ejerce la jurisdicción, la respuesta es la misma que corresponde a la pregunta sobre la legitimación formal del derecho penal internacional sustantivo: quién tiene el poder político para hacerlo y, por tanto, ejerce su soberanía²⁶. El derecho penal es entendido como un ejercicio del poder estatal sobre el territorio y como una expresión genuina de la soberanía. Esto es bien claro en el derecho penal internacional²⁷, y el Estatuto de Roma es un ejemplo de una paradoja: la existencia de la Corte penal internacional, que no supone ejercicio directo de la soberanía estatal, debe su existencia a la soberanía de los estados que la reconocen²⁸.

La cuestión de la soberanía se convierte entonces en un aspecto sustancial. Es posible, entonces, que se intente una modificación de los términos, como pretende Ambos: un orden jurídico universal basado en los derechos humanos esenciales²⁹, pues la legitimidad del ejercicio del poder

²⁴ Con claridad, esta relación causa-efecto, en Roxin/Greco, *AT-I*, 1/13g.

²⁵ CHERIF BASSIOUNI, M., «Nuremberg: Forty Years After», *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* Vol. 80 (April 9-12, 1986), pp. 59 y ss, p. 61.

²⁶ Que la soberanía afecta al derecho sustantivo, no es dudoso; pero el proceso de creación de tipos penales del Estatuto de Roma, que confirma sustancialmente –salvo algunos aspectos particulares que añade– los delitos que se fueron definiendo desde Nuremberg, explica que «Roma no fuese vista como el lugar de grandes pasos adelante en el derecho, sino como el lugar de la creación de un tribunal para aplicarlo». En este sentido, CRYER, R., «International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?», *The European Journal of International Law*, Vol. 16 n.5 (2006), pp. 979 y ss, p. 992.

²⁷ BERGSMO, M./LING YAN, «On State Sovereignty and Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes in International Law», en BERGSMO/LING YAN (Ed.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Torkel Opsahl Academic, Beijing, 2012, p. 4: «State sovereignty and international criminal justice are in other words two faces of one coin».

²⁸ CRYER, R., *The European Journal of International Law*, Vol. 16 (2006), p. 985. Posteriormente, en una formulación que atribuye a Neil Boister: «we act through state sovereignty in order to restrict actions justified in the name of state sovereignty» (p. 1000).

²⁹ AMBOS, *Persona y Derecho* vol. 68 (2013), p. 35.

estatal se funda en el respeto de derechos³⁰; no hay soberanía legítima sin respeto a derechos humanos esenciales. Pero esta posición no deja de ser problemática, al menos por dos razones: por un lado, porque la ilegitimidad de quien ejerce el poder político no implica por sí misma atribución de legitimidad a otros soberanos; por otro lado, porque es necesario precisar ese núcleo de «derechos fundamentales esenciales» y el nivel de respeto exigido para que un Estado pueda ser considerado injusto.

A mi juicio, si no existe soberano, es necesario prescindir, en la fundamentación, de la base de la soberanía. Por esa razón es de particular interés la perspectiva de Luban: la existencia del derecho penal internacional exige que los estados tengan intereses morales en reprimir crímenes, o cierto tipo de crímenes, allá donde ocurran³¹. Por cierto: como Luban hace notar, éste es un aspecto común, que no sólo afecta a la Corte penal internacional constituida a partir del Estatuto de Roma, sino a cualquier tribunal híbrido o incluso a derecho penal transnacional. Pero, en cualquier caso, cuando es preciso examinar la legitimación de los tribunales internacionales que juzgan sobre el «puro» derecho penal internacional, se constata que no existe una comunidad política llamada «humanidad» que los autorice³². Por esa razón, Luban alude al proceso –en un sentido amplio, porque contempla también la normas de derecho sustantivo que se aplican– como legitimación, pero descarta que su respaldo se encuentre en la autoridad política que lo instaura: «desde mi punto de vista, la justificación más prometedoras de los tribunales internacionales es su significación en la proyección de las normas: los procesos son actos que expresan que las atrocidades masivas son, de hecho, crímenes atroces y no meramente política³³. Sin embargo, la legitimidad de los tribunales no procede de la autoridad política que los crea, sino de la justicia de sus procedimientos y castigos, que se adecúan a los que Luban denomina «justicia natural»³⁴.

³⁰ AMBOS, *Persona y Derecho* vol. 68 (2013), p. 32. Ambos menciona otras posiciones, que, en su opinión, abonan la tesis uee defiende, y a la que me refero en el texto. Sin embargo, no creo que el principio de seguridad de Larry May o el de humanidad de David Luban, por ejemplo (entre otros mencionados por Ambos), puedan vincularse directamente con la protección de los derechos humanos. A la fundamentación en el principio de seguridad de May he aludido antes, en nota 21; a Luban hago referencia a continuación en el texto.

³¹ LUBAN, D., «Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law» en Besson/Tasioulas (ed.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 569 y ss, p. 571.

³² LUBAN, D., «Fairness to Rightness», p. 579.

³³ LUBAN, D., «Fairness to Rightness», pp. 569 y ss

³⁴ LUBAN, «Fairness to Rightness», pp. 579-580. La expresión «justicia natural» es tomada de Rawls y alude a las garantías y derechos en el proceso válidas para cualquier lugar (LUBAN, D., «A Theory of Crimes Against Humanity», *The Yale Journal*

Interés moral en la persecución y «justicia natural»: éstas serían las exigencias de una justicia universal.

V. ¿JUSTICIA UNIVERSAL?

De inmediato regreso a Luban. Pero ahora creo conveniente referirme a un ejemplo al que la doctrina, con frecuencia, se refiere: el tratamiento de la piratería de Blackstone³⁵, y muy especialmente cuando habla del pirata como *hostis humani generis*³⁶. Se trata, sin duda, de una apelación más que sugestiva en este ámbito, aunque yo quisiera destacar ahora las razones por las que lo hace y en qué contexto. La razón es muy clara: el pirata ha regresado al estado de naturaleza, ha renunciado a los beneficios de la sociedad y del gobierno, y ha declarado la guerra a toda la humanidad, por lo que toda la humanidad ha de declararle a él la guerra. Este es el fundamento del principio de justicia universal para castigar la piratería: toda comunidad tiene derecho a infligir sobre él una pena, porque el pirata ha atacado la ley universal de la sociedad³⁷. Las resonancias hobbesianas del pasaje no son casuales; pero, además, la alusión a una ley universal de la sociedad es, evidentemente, el derecho de defensa de la sociedad constituida en el contrato frente a quienes se sitúan al margen en estado de naturaleza, porque esa ley universal no existía antes de que hubiera pacto social³⁸. Lo que convierte al pirata en enemigo del género humano es, precisamente, su enfrentamiento radical a las comunidades políticas constituidas por un pacto.

Sin embargo, el mismo ejemplo muestra ya una cierta debilidad de la fundamentación: su caducidad. La piratería no es un ámbito en el que se

of *International Law*, vol. 29 (2004), pp. 85 y ss, pp. 91-92 nota 17), aunque no se limita a las garantías que refiere Rawls («his list is suggestive, not exhaustive»).

³⁵ Entre otros, DUFF, A., «Authority and Responsibility in International Criminal Law», ambas en BESSON/TASIOULAS (ed.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 589 y ss, p. 602.

³⁶ BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England-Book 4*, Clarendon Press, Oxford, 1770, p. 71.

³⁷ BLACKSTONE, W., *Commentaries*: «the crime of piracy, or robbery and depre-dation upon the high seas, is an offence against the universal law of society»

³⁸ Hobbes indica que, en estado de naturaleza, ser pirata o salteador de caminos no es un deshonor: «Also amongst men, till there were constituted great Commonwealths, it was thought no dishonour to be a pirate, or a highway thief; but rather a lawful trade, not only amongst the Greeks, but also amongst all other nations; as is manifest by the of ancient time» (*Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civill* (1651), en MOLLESWORTH (ed.), *The English Works of Thomas Hobbes*, John Bohn, London, 1839, I-X, p. 81).

haya hecho sentir la necesidad de la persecución por tribunales internacionales, aunque no se ponga en duda su consideración como derecho penal transnacional. En realidad, esto puede ser visto incluso como una degradación: la piratería –como el terrorismo, en la discusión con la que se iniciaban estas líneas– no revestiría la gravedad de los crímenes del derecho penal internacional. Esta visión vertical, precisamente, podría responder a la idea de que los crímenes internacionales se encontrarían en un orden normativo jerárquicamente superior al de los delitos transnacionales, precisamente porque estos estarían fundados en el derecho positivo, mientras que, tras los *core crimes*, siempre se encontraría el respaldo del derecho natural³⁹. Pero esta perspectiva resulta difícilmente comprensible: la trata de personas o ciertas acciones de terrorismo pueden suponer una lesión tan flagrante de los derechos humanos como algunos crímenes de guerra y, desde luego, más que algunos crímenes de agresión.

No obstante, en sentido estricto, la jurisdicción universal no queda reservada a los *core crimes*, ni se manifiesta en éstos de forma ilimitada, aunque a veces los términos empleados puedan inducir a confusión. Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal proponían definirla como «la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del delito, independientemente del lugar en el que se cometió, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o cualquier otra conexión con el Estado que ejerce dicha jurisdicción». Este principio rige en el ámbito del derecho penal internacional en sentido estricto, pero no sin limitaciones, en la medida que la competencia de la Corte Penal Internacional es complementaria⁴⁰. El principio de complementariedad es un criterio pragmático, pero lleva a la consecuencia de que la jurisdicción internacional –que supondría aquí el punto culminante de la jurisdicción universal– sólo puede actuar cuando la jurisdicción nacional no emprende la acción para perseguir los hechos, como ha explicado Duff⁴¹. Complementariedad es, sin duda, un límite en la perspectiva de la jurisdicción universal para el derecho penal internacional en sentido estricto. Es discutible,

³⁹ Sobre esta visión vertical, críticamente, BOISTER, N., «Transnational Criminal Law?», *European Journal of International Law*, Vol. 14 (2003), pp. 953 y ss, p. 969 y nota 83.

⁴⁰ No es relevante aquí si se trata de un límite a la soberanía o del uso de la soberanía estatal para fines internacionales, en la medida en que la persecución efectiva de delitos exige medios de los que dispone precisamente el poder estatal, puede comprenderse también como el uso de la soberanía estatal para fines internacionales, tal como defiende CRYER, R., *The European Journal of International Law*, Vol. 16 (2006), p. 986.

⁴¹ DUFF, «Authority and Responsibility in International Criminal Law», pp. 592-593.

por tanto, que se pueda hablar de una jurisdicción universal absoluta para el derecho penal internacional en sentido estricto, como término opuesto a una jurisdicción universal limitada sobre delitos transnacionales extra-territoriales es más limitada⁴². La universalidad de la jurisdicción depende de la universalidad de la norma infringida, y en ese sentido era correcta la tesis de Blackstone sobre la piratería; pero la consideración del *hostis humani generis* no puede estar sujeto a una excesiva contingencia temporal.

Luban, según creo, recoge este guante de forma implícita, cuando, al aludir a los «intereses morales» en la persecución de los crímenes, subraya que esto resulta difícilmente conciliable con versiones liberales o minimalistas del poder estatal⁴³. May intenta esta conciliación desde el minimalismo moral de Verdross, que recupera la idea de *ius cogens*, en un argumento puramente contractualista llevado al ámbito internacional (si un Estado no garantiza la seguridad de los ciudadanos, no existe deber de respetar su soberanía)⁴⁴; pero quiere escapar de cualquier perspectiva que implique un regreso al derecho natural⁴⁵, con una recuperación del principio de seguridad en Hobbes⁴⁶. El intento de Luban, sin embargo, se basa en la distinción entre dos sentidos de la palabra humanidad: la humanidad como cualidad del ser humano; o la humanidad como la especie humana y, por tanto, el agregado de seres humanos⁴⁷. Defiende, en ese sentido, que los crímenes contra la humanidad se refieren al ser humano como animal político y representan una amenaza que toda la especie humana tiene interés en reprimir⁴⁸. Como puede verse, la contraposición es evidente: Hobbes frente a Aristóteles. Y la pregunta que surge también lo es: hasta qué punto es relevante la significación moral en la configuración del derecho penal internacional.

⁴² No obstante, BOISTER, *EJIL*, Vol. 14 (2003), pp. 963-964.

⁴³ LUBAN, D., «Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law» en BESSON/TASIOULAS (ed.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 569 y ss, p. 571.

⁴⁴ MAY, *Crimes against Humanity*, p. 32.

⁴⁵ MAY, *Crimes against Humanity*, p. 71.

⁴⁶ MAY, *Crimes against Humanity*, p. 72, que reconoce como una cierta mezcla entre Hobbes y Locke.

⁴⁷ LUBAN, *The Yale Journal of International Law* (2004), pp. 87-88. La argumentación de Luban está vinculada fundamentalmente a los crímenes contra la humanidad, y acepta aquí la distinción de Mary Ann Glendon: mientras el interés en la represión de los crímenes contra la paz es de la sociedad internacional (de los Estados), en los crímenes contra la humanidad sería de la «sociedad de los pueblos», que no es sino el agregado de individuos de la especie humana (pp. 89-90).

⁴⁸ LUBAN, *The Yale Journal of International Law* (2004), p. 91.

VI. BIEN COMÚN INTERNACIONAL Y IUS GENTIUM

Por un lado, y como destaca Duff, «la existencia de una comunidad es frecuentemente más una aspiración que un hecho consumado, y el reconocimiento de una comunidad humana sería más bien el reconocimiento de lo que aspiramos crear»⁴⁹. La cuestión, por tanto, es si, propiamente, puede hablarse de una sociedad internacional como «comunidad de ciudadanos del mundo»⁵⁰. Demko, que encuentra un indiscutible respaldo en Höffe, propone un cosmopolitismo individual-ético integrado en una forma pluralista⁵¹, que parte, en el problema básico de la separación de derecho y moral, del cuestionamiento de la naturaleza social del hombre⁵². El planteamiento de Demko –como el de Höffe– arranca del punto de partida de Kant: cosmopolitismo en la perspectiva institucional política, del mismo modo que en Kant⁵³. Por esa razón es tan relevante el aspecto ético-individual y, por tanto, la separación entre derecho y moral, que a Kant le lleva a un largo excurso dedicado a la desavenencia entre moral y política en miras a la paz perpetua y la unanimidad de política y moral de acuerdo con el concepto trascendental del derecho público⁵⁴. En realidad, la diferencia con la perspectiva de May y, por tanto, con las bases de Hobbes, no es demasiada: difieren en el relieve institucional, pero coinciden en la perspectiva del minimalismo moral.

Mi discrepancia es de principio: es fundamento la naturaleza social de la persona y no es relevante la *civitas gentium*⁵⁵, sino el *ius gentium* en el sentido del derecho natural clásico. Entiendo aquí por *ius gentium* los principios que derivan del derecho natural por deducción de los primeros

⁴⁹ DUFF, «Authority and Responsibility in International Criminal Law», p. 600

⁵⁰ En ese sentido, DEMKO, «Zur Entwicklung einer kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik», en STEKELER-WEITHOFER P./ ZABEL, B., *Philosophie der Republik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 494 y ss.

⁵¹ DEMKO, «Zur Entwicklung einer kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik», p. 501.

⁵² DEMKO, «Zur Entwicklung einer kosmopolitisch-pluralistischen Weltrepublik», p. 499.

⁵³ No puedo ahora extenderme en esta cuestión, pero la perspectiva antropológica-política es, a mi juicio, paralela a la de Kant (*Zum ewigen Frieden* [1795], en *Immanuel Kant: Werke: Akademie-Textausgabe*, Bd. VIII –Abhandlungen nach 1781, reimprisión Reimer, Berlín, 1969, pp. 341 y ss): basta con considerar el enunciado de los dos primeros «artículos definitivos para la paz perpetua» («la constitución civil de cada estado debe ser republicana», en p. 349 y «el derecho internacional debe estar fundado en el federalismo de estados libres», en p. 354) y el texto del tercero (pp. 357 y ss).

⁵⁴ KANT, *Zum ewigen Frieden*, pp. 370 y ss.

⁵⁵ Con esta misma expresión, KANT, *Zum ewigen Frieden*, p. 357.

principios⁵⁶, y creo que el desarrollo de esta idea por Francisco Suárez⁵⁷ aporta algunos elementos que me parecen esenciales para una fundamentación normativa del derecho penal internacional. De forma sucinta, creo que pueden resaltarse algunos puntos esenciales, algunos de los cuales fueron subrayados por Rommen⁵⁸, y que expongo ahora de forma sucinta:

1.^a El concepto de *ius gentium* comprende relaciones jurídicas de derecho internacional privado como de derecho internacional público y, por tanto, que no se trata exclusivamente de un derecho entre estados, sino que afecta a las personas que forma parte de las distintas comunidades políticas⁵⁹.

2.^a La soberanía de los estados no es una autarquía en un sentido absoluto, porque el poder del estado es únicamente *suprema in suo ordine*; la

⁵⁶ FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2 ed., 2011, p. 296 (notas al capítulo X.7), sobre la base de lo indicado por Santo Tomás de Aquino («not without obscurity»), como derivado del derecho natural (en *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 4 ad. 1: «Nam ad ius gentium pertinent ea quae derivantur ex lege naturae sicut conclusiones ex principiis, ut iustae emptiones, venditiones, et alia huiusmodi, sine quibus homines ad invicem convivere non possent; quod est de lege naturae, quia homo est naturaliter animal sociale, ut probatur in I Polit.»); por la propia razón natural, pero no coincidente (II-II, q. 57, a. 3 ad 3: «quod quia ea quae sunt iuris gentium naturalis ratio dicitur, puta ex propinquo habentia aequitatem; inde est quod non indigent aliqua speciali institutione, sed ipsa naturalis ratio ea instituit, ut dictum est in auctoritate inducta»). La implicación de la naturaleza social del hombre es, en esa deducción, fundamental («quia homo est naturaliter animal sociale»).

⁵⁷ Me limitaré a la cuestión del *ius gentium*, aspecto en el que creo que Suárez no se separa de la idea de Santo Tomás de Aquino. Soy consciente, por tanto, de las críticas de Villey, e incluso las comparto en lo relativo a la influencia de Suárez en el concepto de derecho subjetivo de la modernidad (Villey «La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique», en GROSSI (ed.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno-Incontro de studio Firenze 16-19 ottobre 1972-Atti*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 53 y ss); pero creo que no afecta a la totalidad del pensamiento de Suárez, especialmente si se considera el pragmatismo que impulsa sus reflexiones y si se valoran éstas en su contexto (en ese sentido, PÉREZ LUÑO, «Francisco Suárez y la filosofía del derecho actual», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 51 (2017), pp. 9 y ss, p. 14 y p. 23), especialmente en lo relativo al derecho internacional. Me parece esencial, en ese sentido, y en lo relativo al *ius gentium*, la consideración de un paso intermedio entre Santo Tomás y Suárez: San Isidoro de Sevilla. Sobre este punto recojo en el texto algunas de las consideraciones de BADILLO O'FARRELL («Revisita a Suárez y Vico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 51 (2017), pp. 67 y ss, pp. 71 y ss), que desarrolla para subrayar la proximidad entre Suárez y Vico en este aspecto del *ius gentium*. Badillo O'Farrell afirma que, en ese punto, sí hay un apartamiento de Suárez respecto de Santo Tomás (p. 72).

⁵⁸ ROMMEN, H., *Die Staatslehre des Franz Suarez SJ*, M. Gladbach, Köln, 1926, pp. 275 y ss.

⁵⁹ SUAREZ, *De Legibus* II, c. 19, n. 1-6. Cfr. ROMMEN, *Die Staatslehre*, p. 285.

soberanía está limitada porque está sujeta el derecho entre las naciones (en ese sentido del *ius gentium*)⁶⁰ está en una relación estrecha con el derecho natural, pero es diferente del derecho natural⁶¹.

Estas consideraciones son, en realidad, un avance de una propuesta, pero permiten concluir que, en el concepto de *ius gentium* de Suárez, existen los presupuestos de limitación de la soberanía y de reconocimiento de la persona que pueden permitir una fundamentación normativa del derecho penal internacional en sentido amplio. A mi juicio, es necesario que esta perspectiva se complete con una teoría del bien común que pueda ser, por un lado, fundamento de las normas cuya infracción justifican la sanción penal en el orden internacional; y, por otro, límite racional que permita explicar lo común y lo diferente del derecho penal internacional y del derecho penal transnacional.

La propuesta, por otra parte, está vinculada no sólo en un principio con el Profesor Berdugo, sino también en su conclusión: su Universidad, la Universidad de Salamanca, pudo ver hace siglos una generación de profesores que, como Francisco Suárez, pueden proporcionar soluciones para problemas actuales. Sea ésta también una muestra de homenaje y gratitud al Profesor Berdugo.

⁶⁰ Sobre su necesidad, SUAREZ, *De Legibus* II, c. 19, n. 9. Como explica Rommen, la idea de la soberanía limitada es un condicionante esencial de Suárez, frente a Grocio, porque en esta comunidad de naciones se encuentra la Iglesia (ROMMEN, *Die Staatslehre*, p. 290). No obstante, aquí es necesario considerar que, en sentido estricto, el derecho natural no rige entre estados (ROMMEN, *Die Staatslehre*, p. 291-292).

⁶¹ ROMMEN, *Die Staatslehre*, p. 277. Como explica Rommen, la idea de la soberanía limitada es un condicionante esencial de Suárez, frente a Grocio, porque en esta comunidad de naciones se encuentra la Iglesia (p. 290).

Legisprudencia y legalidad penal: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema
del Perú



*«Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»,
¡Gracias querido Ignacio!*

I. LEGISLACIÓN PENAL Y LEGISPRUDENCIA

UN TEMA DE ESPECIAL INTERÉS en la política criminal contemporánea se relaciona con el **ciclo de producción de leyes penales**. Esta tendencia se ocupa de la revisión y evaluación de la coherencia, consistencia o racionalidad de los procesos políticos que formalizan y conducen coyunturalmente a la elaboración y aprobación de leyes penales. En este dominio el principal promotor y referente de esta línea de investigaciones es José Luis Díez Ripollés, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga, quien justifica su inclinación hacia dicha temática argumentando que «En el contexto del derecho penal la necesidad de reorientar nuestra atención hacia la legislación es especialmente urgente. Ante todo, porque, como he tenido ocasión de describir en otros lugares, la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción por el código penal, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva justificación de cualesquiera conflictos o dilemas sociales, o su utilización con fines meramente

simbólicos. En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, por la intensa implicación de la ciudadanía, directamente o mediante los medios de comunicación, en los debates sobre la configuración de la mayor parte de las leyes penales. Sin ignorar la positiva consecuencia de reforzamiento de la sociedad democrática que ese fenómeno posee, trasluce igualmente una progresiva desconfianza de la opinión pública y la sociedad en general en los cuerpos expertos de la justicia»¹. Además, cabe mencionar que el escenario de la elaboración normativa penal es también, hoy en día, el más transitado, dinámico y sensible para los modelos de control securitarios que vienen aplicando desde inicios del siglo XXI varios Estados iberoamericanos para «combatir la delincuencia» y donde el abuso de la legislación penal suele ser una constante.

Recientemente en el Perú emergente y del bicentenario han surgido también algunos estudios que han centrado su objeto de interés científico en la descripción y evaluación del proceso legislativo que activa el Parlamento nacional. Ese es el caso de los aportes académicos realizados por Arias, Peña y Valdivieso². Si bien estos autores no se han focalizado preferentemente en lo concerniente a las leyes penales, su metodología indagatoria será de suma utilidad para iniciar una interpretación de los actos políticos que motivan y conducen a actos legislativos de naturaleza criminalizadora en el contexto peruano.

Otro precedente nacional a considerar son los ensayos realizados desde el propio Congreso de la República para diseñar y construir modelos de elaboración y evaluación legislativa. Sin embargo, la dispersa presencia y escasa difusión de estas publicaciones ha impedido que alcancen concreción formal y continuidad. Por ejemplo, uno de estos documentos sistematizó las etapas y los indicadores que debería adoptar todo procedimiento de evaluación de la calidad y eficacia de las normas legales. Al respecto se señaló que se tendría que transitar por tres etapas a lo largo de la vigencia de una ley: «la primera corresponde a la evaluación prospectiva; la segunda, a la evaluación simultánea o de acompañamiento; y, la tercera, a la evaluación de efectos la que, a su vez, se subdivide en dos fases: seguimiento o monitoreo y evaluación propiamente dicha»³.

1 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control, en *Política criminal y derecho penal. Estudios*, 2 edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 194.

2 ARIAS SCHEREIBER, F. y otros, *La evaluación de las leyes en el Perú. El análisis costo-beneficio en el Congreso de la república*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, pp. 39-53.

3 Grupo de apoyo a la Mesa Directiva sobre la evaluación de los efectos de la ley, *La evaluación institucional de la ley*, Lima: Congreso de la República, 2014, pp. 162-171.

Los comentarios siguientes buscan abrir una ruta de aproximación al análisis crítico del modo y metodología de la producción de leyes penales en el Perú, recurriendo, para ello, a los soportes teóricos y empíricos que ha venido aportando la **legisprudencia**⁴. Especialmente nos motiva la necesidad de poder ingresar en la dialéctica de los debates parlamentarios que dentro del proceso de producción de leyes penales permiten entender la génesis y los objetivos que dieron vida a una ley penal, sea que esta haya estado dirigida a la creación de nuevos delitos o a la reforma de las instituciones generales del Derecho Penal positivo. A este nivel, resultan muy orientadoras las innovadoras contribuciones de Oliver-Lalana sobre el examen lógico de la racionalidad de los discursos y argumentos de debida justificación que ocurren durante los debates parlamentarios de producción legislativa. Esto es, «en las razones que los representantes electos de la ciudadanía aducen e intercambian durante los debates parlamentarios previos a la aprobación de las leyes. Aunque estos debates conforman, idealmente, una pieza clave en la justificación pública de las decisiones legislativas, no es nada obvio cómo determinar su calidad ni, por tanto, su rendimiento y valor justificatorio»⁵. Al respecto, el autor sostiene también que para internarse y examinar con solvencia esta compleja problemática psicosocial se deben considerar cuatro criterios:

- El alcance de la deliberación parlamentaria.
- La corrección estructural de la deliberación legislativa.
- La calidad dialéctica de la deliberación legislativa.
- La plausibilidad de la deliberación legislativa⁶

Trataremos de mostrar la importancia del conocimiento interno del proceso de formación de las leyes penales a fin evidenciar las malas «costumbres» y las «falacias» legislativas que actualmente caracterizan a los discursos y justificaciones de la producción de leyes penales en el Perú y otros países de la región. Sobre todo, aquellas que desnaturalizan toda línea argumental racional mediante la aplicación de una dialéctica simbólica o de visión estereotipada, cada vez que se intenta promover un debate parlamentario sobre dilemas históricamente controvertidos para el control

⁴ Sobre los desarrollos contemporáneos de la Legisprudencia véase: OLIVER-LALANA, Daniel, *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

⁵ OLIVER-LALANA, D. (2020), Mejores y Peores Argumentaciones Legislativas o cómo evaluar la justificación parlamentaria de las leyes. Separata para Seminario sobre Evaluación y Control de Deliberaciones Legislativas, Universidad de Málaga, p. 1.

⁶ Sobre la definición de los mismos véase *Ibid.*, pp. 10-21.

penal como la ampliación de los supuestos de aborto lícito o la legalidad de las prácticas de muerte asistida o del consumo de drogas. Para todo lo cual una vía de acceso que consideramos útil pasa necesariamente por formular una revisión de las reglas, funciones e impactos que se atribuyen al principio de legalidad

II. SOBRE EL CICLO DE LA PRODUCCIÓN DE LEYES PENALES EN EL PERÚ

Comencemos describiendo de manera puntual como es que se producen actualmente las leyes penales en el Perú. Al respecto, es de destacar que el esquema operativo o **ciclo de producción de leyes penales** no siempre es el mismo en cada sistema jurídico. En efecto, su estructura y secuencia pueden variar según sean también distintas las características y procedimientos que se diseñan para tal efecto en el marco normativo constitucional u ordinario de cada país. Por ejemplo, en España la elaboración de una norma penal en tanto restringe derechos fundamentales, requiere siempre del procedimiento legislativo reforzado de una Ley Orgánica y por tanto demanda de un amplio debate parlamentario con intervención bicameral. En el Perú, en cambio, donde además el Congreso es de estructura unicameral, la Constitución de 1993 no regula condiciones especiales para la producción de leyes penales. No obstante, la propia Constitución autoriza también que la legislación penal pueda construirse desde el Poder Ejecutivo a través de Decretos Legislativos o incluso mediante Decretos de Urgencia. Si bien esta otra opción de hacer derecho penal positivo es formalmente de ejercicio excepcional, a la fecha el mayor número de normas penales vigentes fueron producidas por esa vía, incluyendo al Código Penal de 1991 y al Código Procesal Penal de 2004.

Ahora bien, como en otros sistemas jurídicos nacionales, en el caso peruano el proceso legislativo penal se ha organizado a través de una secuencia de cuatro fases o etapas: **la prelegislativa, la legislativa, la gubernamental y la del control constitucional**⁷. Si bien las tres primeras son indispensables, la última es de condición eventual o complementaria. Cabe señalar que a cada una de estas etapas tiene un propósito y una metodología propios.

La fase prelegislativa. Ella comprende la identificación empíricamente sustentada de una situación problemática relacionada con la criminalidad y que se estima socialmente crítica. Esto genera luego la necesidad

⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control, *ob cit.*

y formación de una voluntad legislativa como estrategia de cambio. Esta fase concluye con la elaboración formal y justificada de un documento prelegislativo que contiene una propuesta normativa que puede ser de criminalización, sobrecriminalización, descriminalización o despenalización. Pero que, también, puede referirse a modificaciones o innovaciones en las instituciones penales, así como reformas orgánicas o de carácter parcial y específico. Dicho documento prelegislativo debe contener una exposición de motivos circunstanciada y un análisis de costo-beneficio.

En esta etapa prelegislativa pueden participar otros actores políticos y sociales considerados y legitimados por el artículo 107 de la Constitución peruana. Por consiguiente, pueden formularse propuestas legislativas gubernamentales, de los partidos políticos, de los Congresistas de la República, de instituciones públicas autónomas (Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional) o de organizaciones sociales interesadas (Colegios profesionales, colectivos ciudadanos, ONGs, centros académicos). Tratándose de iniciativas ciudadanas, estas deberán seguir un procedimiento habilitante previo ante los organismos que integran el sistema electoral⁸.

La fase legislativa. Constituye una etapa estrictamente formal donde las propuestas prelegislativas admitidas en sede del Congreso de la República, serán examinadas y debatidas a través de los canales y formas constitucionalmente reguladas para la elaboración y aprobación de leyes (Comisiones Congresales competentes, Pleno del Congreso). Conforme se estipula en «el artículo 77 del Reglamento del Congreso de la República, las proposiciones legislativas ingresadas a la oficina correspondiente del Parlamento para su trámite se envían para estudio y dictamen a la Comisión del Congreso especializada en la materia que se propone regular el proyecto. Por lo general, una sola comisión conoce el asunto; aunque, según el Reglamento del Congreso de la República, el proyecto puede ser enviado como máximo a dos comisiones. Asimismo, hay proyectos de ley o de resolución legislativa que, en razón de su prioridad o urgencia, son exceptuados del trámite de envío a comisiones, sea por mediar acuerdo de la Junta de Portavoces conforme al artículo 73 del Reglamento parlamentario o en virtud del artículo 105 de la Constitución»⁹.

Es pertinente destacar que todo proyecto de ley para su debate y aprobación en Comisiones y en el Pleno del Congreso requiere de contenidos

⁸ Sobre este procedimiento, sus requisitos y etapas véase FIGUEROA WAN, M.A., (2016), *Iniciativa Ciudadana en la Formación de Leyes*, *Revista Cuadernos Parlamentarios*, 17.

⁹ ARIAS SCHEREIBER, F. y OTROS, *La evaluación de las leyes en el Perú. El análisis costo-beneficio en el Congreso de la república*, cit., p. 242.

esenciales como son el texto sumillado del articulado de la ley, una exposición de motivos y un análisis de costo-beneficio. Ellos son de suma importancia para examinar su consistencia, legalidad y utilidad práctica. Además, fuera del escenario parlamentario, estos componentes del proyecto legislativo constituyen una línea de comunicación social y técnica para la verificación pública de sus niveles de racionalidad. Conforme al artículo 105 de la Constitución «tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia».

La fase gubernamental. Se trata en lo esencial de una etapa administrativa o de ejecución que está regulada por el artículo 108 de la Constitución. Se concreta formalmente a través del acto de la promulgación y publicación de la ley aprobada y enviada por el Congreso al Presidente de la República. No obstante, la Constitución peruana reconoce la facultad del Presidente de la República de observar de modo circunstanciado la ley aprobada por el Congreso y devolverla al Poder Legislativo para que se subsane o levante la observación formulada, lo cual debe producirse en un plazo máximo de 15 días. Asimismo, la Constitución otorga al Congreso competencia para reconsiderar la ley observada o proceder «por insistencia» a su promulgación directa por el Presidente del Poder Legislativo.

Cabe precisar que el desarrollo operativo de esta fase será distinto cuando se trate del ejercicio de facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo y que concluyen con la aprobación de un Decreto Legislativo; o, excepcionalmente, con la emisión de un Decreto de Urgencia cuando se haya producido una disolución constitucional del Congreso¹⁰. En estos dos supuestos es una práctica frecuente encomendar la elaboración de anteproyectos de ley a Comisiones Multisectoriales –en algunas ocasiones integradas también por representantes del Congreso– o a Comisiones de Expertos designadas en la propia ley de delegación de facultades legislativas o por el Ministerio pertinente –generalmente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o el Ministerio del Interior–. Estas Comisiones aplicando su propio método de trabajo elaboran una propuesta legislativa que luego será debatida y aprobada en Consejo de Ministros, para posteriormente ser promulgada por el Presidente de la República. Sin embargo, en ambos casos, sea que se trate decretos legislativos o de decretos de urgencia, el Presidente de la República deberá dar cuenta luego de su promulgación al Congreso de la República o a la Comisión Permanente.

La fase del control constitucional. Es una etapa excepcional que tiene su propia regulación, reglas y procedimientos. Se manifiesta a través de un **proceso de inconstitucionalidad** que se tramita en instancia única ante el

¹⁰ Cfr. Artículos 104 y 135.

Tribunal Constitucional. Ella, pues, materializa un control jurisdiccional sobre una ley, decreto legislativo o decreto de urgencia de contenido penal cuando estos «contravengan la Constitución en la forma y el fondo». Lo que determina que se aplique sobre ellos un riguroso **test de constitucionalidad** y que las sentencias que declaren su inconstitucionalidad «las dejan sin efecto»¹¹. Cabe considerar a este nivel la posibilidad de un **control de convencionalidad** sobre las leyes penales peruanas que puede ser tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que ha ocurrido en torno a leyes que procuraban formas de autoamnistía o impunidad para delitos de lesa humanidad¹².

El procedimiento descrito debe complementarse con una estación intermedia y legalmente regulada, que relaciona la etapa legislativa con un dictamen técnico previo que debe emitir el Consejo Nacional de Política Criminal-CONAPOC, pero que no es vinculante para la toma final de decisiones¹³. Lamentablemente, diferentes factores coyunturales han impedido que esta importante atribución legal se haya concretado plenamente¹⁴.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PROCESO DE PRODUCCIÓN DE LEYES PENALES

Una opción estratégica para abordar el análisis crítico de la producción legislativa se relaciona con el principio de legalidad y con la necesidad táctica de reorientar su lectura y rol funcional. El principio de legalidad fue un trascendente aporte del derecho penal liberal contra la arbitrariedad criminalizadora del Estado absolutista y que ha heredado el derecho penal contemporáneo¹⁵. Su enunciado formal e histórico destacó sobre todo que la única metodología y herramienta que tiene el Estado para criminalizar conductas es la ley o aquellas normas excepcionalmente equivalentes como en el caso peruano los decretos legislativos y los decretos de urgencia. De igual forma declaró que la publicidad de la ley constituye la

¹¹ Cfr. Artículos 200.4 y 204 de la Constitución; Artículos 98 a 108 del Código Procesal Constitucional.

¹² PRADO SALDARRIAGA, VR, La Doctrina de la No Impunidad y la Amnistía en el Código Penal Peruano, en *Derecho Penal y Política Criminal. Problemas Contemporáneos*, Lima : Gaceta Jurídica, 2019, pp. 241-246.

¹³ Cfr. artículo 4.10 de la Ley 29807.

¹⁴ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, V. R. – PRADO MANRIQUE, B. V., *Políticas públicas y Criminalidad. Una introducción a la política criminal*. Lima. Ideas Solución Editorial. 2021, p. 306.

¹⁵ Cfr. MONTOKA VIVANCO, Y., *Derecho Penal de Principios. Volumen II. Principios Fundamentales*. Lima. Palestra Editores, 2020, pp. 67-72.

única vía legítima de comunicación social de toda decisión política a través de la cual se crean delitos o se regulan penas.

Ahora bien, a lo largo del tiempo los penalistas tradicionalmente han definido y sintetizado la función y eficacia del principio de legalidad precisando que **no hay delitos y no hay penas sin una ley previa** que los califique e identifique como tales. En coherencia con ello se ha sostenido también que él opera como un límite jurídico y una regla de validez política de todos los actos de poder estatal que tengan un nivel de conexión con la configuración de lo punitivo. Por tanto, el principio de legalidad aportaría, además, una garantía para el ejercicio de la libertad individual de los ciudadanos. De allí, pues, la importancia de exigir como una consecuencia de tales funciones que toda ley penal sea lo suficientemente clara y precisa al describir la conducta criminalizada y su correspondiente penalidad. Que sólo logrando la mayor certeza legal que sea lingüísticamente posible sobre lo delictivo y penado, se podrá controlar e interditar todo riesgo de arbitrariedad o abuso de parte de las agencias estatales que aplican el control penal, excluyendo también el empleo de la analogía *in malam parte*¹⁶.

Esa forma de entender y visualizar la utilidad del principio de legalidad es la que comúnmente se formaliza en las normas constitucionales u ordinarias que se refieren a él en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales. Por ejemplo, de esa manera se encuentra actualmente registrado todo lo concerniente a dicho principio en la legislación peruana, tal como se aprecia en los literales a), b) y d) del inciso 24.º del artículo 2.º; o en el párrafo segundo del artículo 103.º y en el inciso 9.º del artículo 139º, de la Constitución de 1993. Y lo mismo se advierte en el Código Penal de 1991 donde se refieren al principio de legalidad y sus efectos los artículos II, III y VI de su Título Preliminar. Es más, dicha lectura es la que frecuentemente se difunde por algo más de dos siglos en los manuales y tratados académicos sobre derecho penal¹⁷.

Sin embargo, lo que interesa analizar brevemente son otras funciones latentes y que también corresponde atribuir al principio de legalidad, pero desde un **enfoque de política criminal aplicada**. Esto es, indagando sobre el impacto real y potencial que aquél puede producir o alcanzar en la formulación, toma de decisiones e implementación de políticas de gobierno cuyo objetivo sea la prevención, el control o la reducción de la criminalidad en un entorno social concreto, a través de la elaboración de leyes

¹⁶ SALAZAR SÁNCHEZ, N., Bases constitucionales del principio de legalidad penal, en José URQUIZO OLAECHEA, Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (eds.) *Derecho constitucional penal*, Lima: Idemsa, 2012, pp. 231-264.

¹⁷ Cfr. MONTOYA VIVANCO, Y., *Derecho Penal de Principios. Volumen II. Principios Fundamentales*, cit., pp. 75-132.

penales¹⁸. Se trata, por consiguiente, de revisar en qué medida el principio de la legalidad verdaderamente influye, orienta, interfiere o determina la construcción e implementación de políticas públicas sobre la criminalidad, así como la prioridad que a sus enunciados se concede al momento de definir o ejecutar la agenda legislativa de los gobiernos. Se pretende, pues, reinterpretar la utilidad material del principio de legalidad, asumiendo que este debe constituir un instrumento de eficacia práctica y dinámica a lo largo de todo el proceso de elaboración de las leyes penales. Esto último, obviamente, exige ir más allá de una comprensión estática e idealista como la que satisface a la dogmática penal tradicional bajo la consigna recurrente de que principio de legalidad es solamente una «barrera infranqueable» para el legislador¹⁹.

Por lo demás, un nuevo enfoque sobre el principio de legalidad resulta ser muy necesario y pertinente en coyunturas de crisis política, social o económica como las que en el presente caracterizan a varios países latinoamericanos con graves problemas críticos de violencia de género, inseguridad ciudadana e infiltración de la macro corrupción y la criminalidad organizada en las altas esferas del Estado. Donde, además, como denuncia Husak: «el poder legislativo se ha transformado en una <<fábrica de crear delitos>> que produce nuevas leyes cada semana, es fácil proporcionar ejemplos de delitos que parecen no tener lugar en los códigos penales modernos. Cada cierta cantidad de años aparece un libro divulgativo que enumera aquellos delitos absurdos que permanecen en los textos legales»²⁰. Y donde es urgente hacer entender a las agencias estatales competentes que la producción de leyes penales debe recuperar su condición de proceso técnico, racional y transparente. Sobre todo, porque, como demanda Díez Ripollés, en tales realidades deviene en impostergable el ensayar, cuando menos, «un modelo de legislación que, entendiendo a ésta como un proceso de decisión, la aproxime a la teoría de la decisión racional»²¹.

Como primera aproximación a la identificación y definición de esas nuevas funciones que deben imprimirse y extraerse del principio de legalidad, resulta pertinente destacar su ineludible conexión operativa con la

¹⁸ FRANCO CORZO, J., ¿Qué son las políticas públicas? IEXE. Escuela de Políticas Públicas. 22 de setiembre de 2014. Recuperado de http://www.iexe.edu.mx/iexe_login.

¹⁹ Cfr. MAÑALICH, J. P., El principalismo político criminal como fetiche. *Revista de Estudios de Justicia* 29.2018, pp. 59-71.

²⁰ HUSAK, D., *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 82.

²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control, en *Política criminal y derecho penal. Estudios*, 2 edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 194.

modalidad y calidad del proceso legislativo a través del cual se ha de formalizar y socializar una decisión criminalizadora. A este nivel los efectos del principio de legalidad son esencialmente dos. Primero, radicar en el Poder Legislativo, como representante legítimo y ordinario de la voluntad popular, la competencia exclusiva y excluyente sobre toda selección y decisión de lo criminalizable, interfiriendo e interdictando reiterados procesos legislativos paralelos delegados en el Poder Ejecutivo. Segundo, asegurar que todo procedimiento de elaboración de leyes penales sea técnicamente consistente, políticamente justificado y socialmente transparente.

En consecuencia, el principio de legalidad debe funcionar no sólo como un límite o garantía, sino como un hilo conductor y control continuo de la validez de todo el proceso de producción de las leyes penales, ya sea orientando o deslegitimando su oportunidad, racionalidad y eficacia. Asimismo, promoviendo una reflexión sólida sobre su costo beneficio para el colectivo social, lo cual, como sugiere Ortiz de Urbina, «no pretende sustituir o disminuir el papel de la axiología en el discurso político-criminal, sino mostrar las verdaderas consecuencias de la aprobación de normas y de su aplicación, así como las oportunidades perdidas por dejar de aprobar y aplicar otras alternativas. Una contribución secundaria en comparación con otro tipo de consideraciones y, sin embargo, imprescindible para conseguir una política criminal racional»²².

Surgen, entonces, del enunciado clásico del principio de legalidad «no hay delito, no hay pena **sin ley previa**», nuevas obligaciones que el legislador debe satisfacer y que guardan relación directa con la elaboración de esa «ley previa». Por ejemplo, al legislador responsable le toca recepcionar y colocar en evidencia racionalmente justificada la necesidad social de criminalizar una determinada conducta. Debe, por tanto, perfilar y aplicar a esa necesidad un **test de criminalización** como sugiere Husak quien, además, explica que «Las leyes penales deben proscribir un mal o daño no trivial; el maltrato y estigma solo pueden ser impuestos por una conducta que es en algún sentido impermissible; las violaciones de las leyes penales deben resultar en castigos merecidos»²³. En tal sentido, en el proceso de formación de las leyes penales es ineludible que el legislador realice una aproximación empírica básica a los contextos esenciales de la coyuntura nacional como son el

²² ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio, en Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero, José Becerra Muñoz (eds.) *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 105.

²³ HUSAK, D., *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, cit., pp. 171-172.

internacional, el político interno, el económico y el psicosocial. Asimismo, resulta útil añadir en ese examen uno de carácter prospectivo²⁴.

En igual sentido, el principio de legalidad impone al órgano legislativo el deber de hacer transparente y socializar la asimilación y procesamiento político de aquella necesidad criminalizadora. Para lo cual se deberán emplear eficientemente los canales disponibles de información y comunicación colectiva, especialmente cuando se trata de dar a conocer propuestas de criminalización o descriminalización que resultan sensibles a los sectores sociales como ocurrió, por ejemplo, con la legalización del uso terapéutico de los derivados del cannabis mediante la Ley 30681²⁵.

Luego, con el principio de legalidad también se atribuye a los legisladores la obligación de examinar y discutir con objetividad y exhaustivamente, la consistencia de la evidencia empírica, de los criterios técnicos y del análisis de costo beneficio que se ofertan como sustento de la propuesta o decisión criminalizadora que se va a someter a debate o aprobación. Un positivo ejemplo peruano, sobre la relevante rentabilidad operativa que brinda esta actitud legislativa previa, se hizo patente durante el examen y discusión parlamentaria del Proyecto de Ley 5134/2020 para aplicar la pena de cadena perpetua a los altos funcionarios públicos que cometan delitos de corrupción²⁶. Por el contrario, un mal precedente que demostró falta de seriedad y predominio de motivaciones subalternas durante los debates parlamentarios, fue lo ocurrido en el Pleno del Congreso al debatir y rechazar los proyectos de ley que presentaron el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, para aplicar medidas excepcionales de excarcelación y despenalización para prevenir la propagación del Covid 19 en los crónicamente hacinados centros penitenciarios del país²⁷.

Finalmente, es otra nueva función derivada del principio de legalidad, el medir y evaluar la eficacia o eficiencia de una ley penal ya promulgada a través de un monitoreo posterior de sus impactos sociales. Cabe precisar que esta tarea que deberá cumplirse desde la puesta en vigencia de la ley penal promulgada, no constituye un mero acto residual o complementario, sino una práctica esencial para la validación o retroalimentación de la decisión

²⁴ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, V. R. – PRADO MANRIQUE, B. V., *Políticas públicas y Criminalidad. Una introducción a la política criminal*, cit., pp. 251-275.

²⁵ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Los delitos del crimen organizado. Lima. Gaceta Jurídica. 2021, pp. 119-121.

²⁶ Cfr. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído sobre el Proyecto de Ley 5134/2020-CR durante el Periodo Anual de Sesiones 2020-2021. Sesión del 10 de marzo de 2021.

²⁷ Sobre este vergonzoso episodio véase: Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto – PRADO MANRIQUE, Bertha Verónica. *Políticas públicas y Criminalidad. Una introducción a la política criminal*, cit., pp. 15-17.

legislativa adoptada. Lamentablemente, es rutinario que el legislador peruano y latinoamericano una vez aprobada y puesta en vigor una ley penal, desatienda el seguimiento de su impacto, lo cual critica con acierto Rodríguez Fernández, cuestionando que en el «ámbito de las normas penales se puede hablar igualmente de una tradición legislativa alejada de la cultura evaluativa, pero también, más actualmente, de una escasa voluntad política de aplicar los incipientes instrumentos evaluativos con los que cuenta actualmente nuestro ordenamiento jurídico»²⁸. En la experiencia peruana constituye una manifestación reciente de este negativo proceder la inclusión repentina y asistemática de un «Título I-A» en la Parte Especial del Código Penal, para integrar varios hechos punibles de diferente naturaleza y gravedad como «Delitos contra la dignidad humana», sin evaluar los conflictos hermenéuticos y confusiones que tal decisión provoca entre los operadores de la justicia penal²⁹.

Resulta igualmente oportuno referirse a una mala práctica muy caracterizada del legislador peruano y que debe ser rechazada y corregida. Nos referimos a la necesidad y exigencia de que el órgano legislativo adopte una actitud prudente y escrupulosa cuando decide actuar como «**importador del derecho penal extranjero**». Efectivamente, ha sido una constante histórica la afición de los legisladores peruanos por promover y aplicar una recepción vertical, acrítica o superflua de normas penales de origen foráneo. De allí que esta irresponsable *praxis* haya provocado, en más de una ocasión, innecesarias contradicciones, vacíos o incompatibilidades sistemáticas a nuestra legislación penal o haya aportado únicamente efectos simbólicos e inocuos sobre el problema criminal, así como nebulosas interpretaciones que distorsionaron la utilidad de los tipos penales. Hurtado Pozo denunció esta forma de legislar, precisando que al «no adaptar a nuestra realidad las disposiciones que recepciona el legislador establece un obstáculo insuperable para su asimilación. No basta un conocimiento cabal de los alcances y fines de la norma importada, ya que ella resulta inoperante en el medio en que se va a aplicar. Dicho conocimiento permitirá, en el mejor de los casos, tener conciencia de por qué no se puede aplicar. De esta manera, las disposiciones recepcionadas asumen el rol de discurso enmascarador de una realidad muchas veces de contradicción a la normativamente estatuida»³⁰. Son ejemplos de este automatismo legislativo la actual tipificación de los delitos

²⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., Evaluación legislativa en España: Su necesaria aplicación en los procesos de aprobación de las reformas penales, en Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero, José Becerra Muñoz (eds.) *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 139.

²⁹ Cfr. Ley 31146 del 29 de marzo de 2021

³⁰ HURTADO POZO, J., *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima: Centro de Estudios Derecho y Sociedad, 1979, pp. 126-127.

de feminicidio y de financiación del terrorismo, que transcriben «al pie de la letra» las extensas, ambiguas y oscuras descripciones delictivas que recomiendan los tratados u organismos internacionales sobre dichas materias³¹.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para concluir estas breves reflexiones y sugerencias, consideramos pertinente ratificar que estamos convencidos de que una innovación de las funciones del principio de legalidad, tal como la que hemos reseñado, es impostergable y coadyuvará a que este pueda renovar su vigencia, a la vez que extender y potenciar su capacidad, utilidad y rendimiento. Sobre todo, porque estas nuevas funciones le habilitarán para ejercer un control de racionalidad transversal a todos los momentos y etapas que componen el ciclo de producción o modificación de leyes penales. Esto es, posibilitarán proyectar una supervisión de consistencia positiva tanto en la fase prelegislativa como en las fases legislativa y postlegislativa, según la secuencia configurada por Díez Ripollés³². Asimismo, porque aquellas nuevas funciones colocarán sobre el legislador un filtro riguroso de evaluación permanente en torno a la urgencia, calidad, y consistencia de sus actos y decisiones legislativas penales. Igualmente, porque estas funciones renovadas del principio de legalidad activarán canales sociales más proactivos y transparentes para la supervisión democrática de los procesos de criminalización primaria. De esa manera la sociedad civil estará en mejor posición de adquirir la condición de un partícipe informado y vigilante del trámite y sentido político de la producción de leyes penales, en especial de aquellas que configuren nuevos delitos o penas. Esto último, además, puede constituirse en un equilibrado contrapeso frente al actual desborde sobrecriminalizador del populismo punitivo, ya que, como explica Larrauri, «una de las características del populismo punitivo es precisamente que el gobernante cree que la gente exige “mano dura” y que, en consecuencia, hacer alarde de punición le proporciona un mayor número de votos»³³.

³¹ Cfr. Artículos 108-B del Código Penal y 4-A del Decreto Ley 25475.

³² Sobre el contenido explicativo de cada una de estas fases y sus acontecimientos internos véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*, 2 edición, Madrid: Trotta, 2013, pp. 20-65. *racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*, 2 edición, Madrid: Trotta, 2013, pp. 20-65.

³³ LARRAURI PIJOAN, E., *Introducción a la Criminología y al Sistema Penal*. Trotta. Madrid. 2015, p. 216.

Los delitos de propia mano

Yesid Reyes Alvarado

Profesor del área de Derecho Penal

Universidad de Los Andes (Bogotá)



LA DOCTRINA ACEPTA DE MANERA PACÍFICA que la primera referencia a los delitos de propia mano provino de BINDING, quien le asignó esa denominación a aquellas acciones delictivas tan individualmente unidas a la personalidad del delincuente, que éste las debe ejecutar por su propia mano¹. Por el contrario, los límites de ese concepto y, sobre todo, su utilidad dentro de la teoría del delito generaron una polémica que no ha cesado desde los albores del siglo xx, en la que han participado todos los penalistas que con distintas perspectivas se vienen ocupando de la autoría y la participación, como el profesor Ignacio Berdugo², a quien a través de este libro colectivo se le rinde un merecido homenaje no solo por sus contribuciones científicas al derecho penal, sino también por su empeño en extender y afianzar las relaciones académicas entre las universidades españolas y latinoamericanas.

Para abordar el estudio de esta esquivada figura resulta especialmente útil tener en cuenta el contexto dentro del cual fue propuesta; para BINDING el delito es una acción altamente personal con unas consecuencias jurídicas altamente personales, por lo que en el derecho penal –a diferencia

¹ BINDING, Karl, Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher («Urheber») und der Gehilfe, en Der Gerichtssaal (GS), Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, tomo 71, 1908, pág. 5.

² Berdugo señala que «[l]a especificidad de estos delitos reside en que el sujeto activo tiene que realizar personal o físicamente el tipo penal»; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, Lecciones de Derecho Penal – parte general, editorial Praxis, Barcelona, 2.ª edición, 1999, pág. 155.

de lo que ocurre en el ámbito civil— no es concebible la figura del representante³. Al referirse a la generalizada preocupación por los delitos que no son perpetrados por la propia mano del autor, se quejó de que la solución se había conseguido mediante unas indebidas expansión y abstracción del concepto de autor, que tuvieron por resultado la creación de una «funesta figura hermafrodita» conocida con el nombre de instigador. El propósito de su artículo fue el de indagar si los conceptos de autor y cómplice (sobre cuyas diferencias no cabía dudar) abarcaban todas las posibilidades teóricas de responsabilidad o si se requeriría de una nueva categoría⁴.

BINDING recuerda que en su concepción original la autoría suponía la ejecución del hecho por propia mano, esto es, la ejecución de la voluntad criminal sin la intervención de ningún ser viviente distinto del titular de ese ilícito propósito. Sin embargo, precisó que el delincuente aprendió a utilizar herramientas vivientes para la ejecución de sus planes, de tal manera que en lugar de tumbar a alguien con su propia fuerza podía usar un perro, y en vez de tomar la cosa ajena con sus manos podía hacerlo utilizando un esclavo o un criado. A su juicio, la primera hipótesis no representaría mayores inconvenientes porque la utilización de un animal no genera ningún problema frente a la capacidad de culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal⁵.

En cambio, advierte, la segunda hipótesis plantea un importante interrogante: ¿quien directamente desarrolla la acción prohibida toma la calidad de autor de quien lo utilizó como instrumento para cometer el delito? Y en caso afirmativo, agrega, ¿cómo se entendería y juzgaría a quien ha ordenado o encargado la comisión del delito? Este interrogante no pretendía cuestionar la irresponsabilidad del instrumento pues, como bien señaló BINDING, el animal y el ser humano sin capacidad de responsabilidad deben ser tratados de la misma manera; el único espacio para una responsabilidad seguía estando en quien utiliza el instrumento, por lo que estas dos hipótesis debían seguir siendo consideradas como casos de autoría única, en el sentido de que en ellas solo es posible hablar de un autor y no de una pluralidad de ellos. Si bien ya desde entonces la doctrina solía referirse a estos supuestos como «autoría mediata», BINDING consideraba que esa era una desafortunada expresión en la medida en que un autor mediato presupone la existencia de un autor inmediato que en estos casos no existe, dada la innegable irresponsabilidad penal del instrumento. En realidad, concluye, en estas manifestaciones delictivas solo debería hablarse

³ Cfr. BINDING, Karl, GS 71 (1908), ed. cit., pág. 3.

⁴ Cfr. Ibidem, págs. 2 a 4.

⁵ Cfr. Ibidem, págs. 4 y 5.

de la existencia de un único autor: el que utiliza al instrumento para su comisión, independientemente de si este es un objeto inanimado o un ser humano irresponsable; su rechazo a la autoría mediata como figura autónoma y su inclusión dentro de la noción de autor suponían la ampliación de un concepto de autor que hasta entonces solía estar reducido a quien directamente ejecutaba el delito⁶.

Sin embargo, BINDING admitió que incluso con esa ampliación había un impreciso grupo de casos⁷ que no encajaban en esa noción extendida de autoría; se trataría de aquellos en los que la acción típica está tan individualmente unida a la personalidad del delincuente que solo pueden ser cometidos por propia mano. El juez que prevarique debe pronunciarse él mismo contra la ley, el perjurio debe declarar por sí mismo, el desertor debe escapar por sus propios pies, el cónyuge debe ser personalmente infiel para incurrir en bigamia, y el hermano debe tener, personalmente, relaciones sexuales con su pariente cercano para cometer incesto. En general, concluía, es imposible imaginar actos indecentes cometidos a través de un apoderado insensato⁸. En su opinión, esta categoría no era contraria a su concepción del delito como acción altamente personal, puesto que solo precisaba que en supuestos como los mencionados ella debía realizarse «de propia mano»⁹.

Dado que los delitos de propia mano no quedaban abarcados por los dos únicos conceptos que a su modo de ver resultaban útiles como formas de responsabilidad delictiva (autor y cómplice), BINDING propuso crear una tercera categoría a la que denominó el «causante» o «creador» del delito, que no era equiparable a la del instigador que utilizaba la doctrina mayoritaria como figura intermedia dentro de la más genérica denominación de autoría mediata¹⁰. En materia de punibilidad, señalaba, la regla general es que cada autor debe ser castigado solamente por lo que él ha hecho conforme a su voluntad, principio que debería mantenerse incluso frente a sucesos en los que intervienen una pluralidad de autores, pues cada uno de ellos debe responder de manera individual por su propia actuación. El castigo que legalmente le correspondía al instigador (figura

⁶ Cfr. *Ibidem*, págs. 4 y 5.

⁷ Ya desde esa época advertía BINDING que no había en la doctrina suficiente claridad sobre cuáles eran los casos que en los que la acción delictiva debía ser desarrollada de propia mano; esa imprecisión sigue siendo evidente aun hoy en día, pues cada intento de hacer compatible la figura con el modelo teórico que se defiende sobre la autoría y la participación lleva a una redefinición de aquella y, por consiguiente, a un replanteamiento de los supuestos que abarcaría.

⁸ Cfr. BINDING, Karl, GS 71 (1908), ed. cit., pág. 5.

⁹ Cfr. *Ibidem*, pág. 6.

¹⁰ Cfr. *Ibidem*, pág. 14.

que rechazaba) se solía justificar con el argumento de que se trataba de una modalidad de autor mediato (concepto que tampoco compartía); como la pena que se le aplicaba se derivaba de su condición de autor (aunque mediato), BINDING aceptaba que –según la ley¹¹– no existía ninguna razón válida para que fuera distinta de la que le correspondería al autor (que por contraposición debería ser llamado inmediato)¹².

En relación con su propuesta de introducir la categoría del «causante» o «creador», advirtió que en virtud de ella el sujeto debería responder en sustitución del inexistente autor, pero con una pena atenuada debido a la menor energía que invierte en la comisión del delito frente a la que desplegaría un autor (inmediato). La figura del «causante» o «creador» del delito tendría entonces aplicación en aquellas hipótesis en las que alguien que carece de los atributos personales que el tipo exige para el autor induce o se vale de quien sí los tiene para cometer el delito (los por él llamados delitos de propia mano)¹³.

El modelo propuesto por BINDING rechazaba la figura de la autoría mediata (y dentro de ella la de la instigación) porque, a su modo de ver, no eran sino hipótesis en las que el autor se valía de algo (un objeto inanimado o un ser vivo distinto del humano) o de alguien (un ser humano) para la ejecución del delito. Así como generalmente se admitía que el uso de un objeto inanimado como instrumento para cometer el delito (un rifle, por ejemplo) no le hacía perder la condición de autor a quien lo utilizaba, así mismo la utilización de un ser vivo (un animal o un ser humano incapaz de responsabilidad) para la comisión del delito no debería hacerles perder a éstos su condición de instrumentos. Pero mientras en estas hipótesis el único que responde es el autor, cuando él se vale de un ser humano capaz de responsabilidad, éste también debe ser penalmente sancionado, salvo que carezca de los atributos personales exigidos en el tipo, caso en el cual solo el que lo utiliza debe ser castigado. Para soportar estos resultados, BINDING sostenía que no hacía falta recurrir a las confusas categorías híbridas de instigador y autor mediato, sino que bastaba su concepto amplio de autor, más el de «causante» o «creador» a quien le correspondería una pena inferior a la del autor, pero superior a la del cómplice.

En lugar de esta tri-división (autor, cómplice y «causante» o «creador»), en la doctrina se impuso ampliamente la distinción entre las categorías de autor y partícipe; de la primera hacen parte el autor propiamente

¹¹ Que en todo caso podría admitir una interpretación diferente, en cuanto hacer nacer en alguien una voluntad delictiva supondría un mayor grado de reproche; cfr. BINDING, Karl, GS 71 (1908), ed. cit., pág. 18.

¹² Cfr. *Ibidem*, pág. 18.

¹³ Cfr. *Ibidem*, págs. 18 y 19.

dicho (el inmediato) y el que utiliza como instrumentos seres humanos no responsables (autor mediato); de la segunda harían parte los cómplices y los determinadores (cuya punibilidad suele admitirse –sin mayores explicaciones– como idéntica a la del autor). Es en ese esquema –no en el de BINDING– donde las hipótesis de los denominados delitos de propia mano no encajan y llevan a una parte de la doctrina a considerarlos como una modalidad autónoma.

Como ocurre con todos los elementos que hacen parte de la teoría del delito, el diseño y funcionamiento de las categorías de autoría y participación dependen de cómo se conciba y estructure el sistema. Son precisamente los problemas que estas figuras –junto con la de la tentativa y la omisión– han tenido para encajar adecuadamente en la mayoría de las teorías del delito, los que han movido a buena parte de la doctrina a tratarlas en la parte final de los manuales como «especiales formas de aparición del delito»¹⁴.

Cuando BINDING abordó el tema predominaban las concepciones ontológicas de la teoría del delito; por eso se entendía que en el homicidio mataba el que provocaba la muerte de una persona, que en el hurto robaba el que se apoderaba de la cosa mueble ajena y que en la violación violaba el que sin consentimiento accedía carnalmente a otro. No se trataba tanto de recurrir a una interpretación gramatical de las normas¹⁵, como de entender lo que significaban expresiones como «matar», «apoderarse» o «acceder carnalmente»; al asumir que el derecho penal trabaja con conceptos puramente ontológicos, los verbos empleados en las descripciones típicas se interpretaban como movimientos corporales¹⁶ desplegados por un ser humano, lo que de entrada dificultaba comprender la omisión. Distinguir desde esa perspectiva entre autores y cómplices no ofrecía mucha

¹⁴ Ese es, justamente, el subtítulo que tiene el segundo volumen del manual de derecho penal de Roxin, uno de los de mayor consulta en las últimas décadas dentro y fuera de Alemania; CLAUS, Roxin, *Derecho Penal – parte general*, ed. Civitas, Madrid, 2014, Tomo II, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón y Javier de Vicente Remesal.

¹⁵ Aunque la doctrina mayoritaria sostiene que el método gramatical o del tenor literal es uno de los empleados para identificar los delitos de propia mano; cfr. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos de propia mano*, ed. Tecnos, Madrid, 1992 págs. 24, 25 y 28; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons ediciones jurídicas, Madrid-Barcelona, 2000, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, pág. 438; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado «delito de propia mano»*, ed. Dykinson S. L., Madrid, 2004, págs. 39 y 40.

¹⁶ Sobre la denominada teoría del movimiento corporal como forma de identificar los delitos de propia mano, cfr. MAQUEDA ABREU, María Luisa, ed. cit., pág. 28; ROXIN, Claus, *Autoría*, ed. cit., pág. 441; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, ed. cit., págs. 41 y 42.

dificultad, porque mientras el autor realizaba la acción descrita en el tipo, el cómplice solo ayudaba a que el autor pudiera desarrollarla, lo cual explica que BINDING manejara inicialmente solo esas dos categorías.

Esta comprensión de la autoría y la participación pronto encontró dificultades frente a algunas de sus manifestaciones especiales. Por ejemplo: quien induce a otro a cometer un homicidio no mata ontológicamente, como tampoco roba el que utiliza a un ser humano como instrumento no responsable para apoderarse de una cosa mueble ajena, ni prevarica quien sin ser funcionario profiere una decisión manifiestamente contraria a la ley; cuando con división del trabajo un grupo de personas roba un banco, solo respondería como autor quien físicamente se hubiera apoderado del dinero. Con la ampliación del concepto de autor y la introducción de la figura del «causante» o «creador» BINDING buscaba solucionar esas dificultades, en una época en la que todavía no se planteaban cuestiones como la de la responsabilidad penal en aparatos organizados de poder o la de las personas jurídicas.

Con la formulación de la teoría del dominio del hecho –cuya paulatina expansión y afianzamiento la llevó a ser opinión dominante– se buscó dar una explicación unitaria a todas las hipótesis de intervención en la comisión de un delito, lo que implicó inicialmente una distinción interna entre el dominio del hecho, el dominio de la voluntad y el dominio funcional; cuando la fórmula resultó insuficiente frente a casos como el de Eichmann, se amplió el dominio de la voluntad a supuestos en los que el autor actuaba a través de aparatos organizados de poder. Sin embargo, su capacidad de rendimiento cedió ante los denominados delitos de deber y los llamados delitos de propia mano. En aquellos lo decisivo «no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor»; la «figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pretípico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o el dominio del hecho»¹⁷.

En los delitos de propia mano tampoco operaría la teoría del dominio del hecho porque lo que se prohíbe con delitos como el proxenetismo¹⁸, el vagabundeo¹⁹, el alcoholismo o la vagancia²⁰ no son acciones sino actitudes personales o, dicho de otra forma, se castiga una personalidad asocial que, por su misma naturaleza, no es susceptible de dominio externo²¹. Para

¹⁷ ROXIN, Claus, Derecho penal, ed. cit., §25/268, págs. 180 y 181.

¹⁸ Cfr. §181a StGB.

¹⁹ Cfr. §361, número 3.

²⁰ Cfr. §361, número 5.

²¹ ROXIN, Claus, Autoría, ed. cit., pág. 447.

ROXIN, esos ejemplos de delitos de propia mano, caracterizados por no suponer la ejecución de una conducta, ni atentar contra ningún bien jurídico, son rezagos del derecho penal de autor que deberían desaparecer de las legislaciones.

Hay, sin embargo, otra manifestación de estos delitos en la que, si bien seguiría faltando la lesión al bien jurídico, «la pena está vinculada a una acción de contornos precisos, de manera que estos delitos sí se integran plenamente en el Derecho penal de hecho». A esta clase pertenecerían la zoofilia (que solo afectaría de manera vaga la dignidad humana)²² y el incesto (cuya punición estaría edificada sobre tabúes ancestrales),²³ con los que se sancionan «determinadas formas de inmoralidad consideradas especialmente reprobables, de manera que la figura central del suceso de la acción sólo puede serlo quien realiza un comportamiento así de desvalorado». Como en estas hipótesis lo que se castiga es «una inmoralidad necesitada de acción»²⁴, no solo «no es susceptible de dominio por parte de otros» sino que, además ese elemento (inmoralidad) tiene que caracterizar al autor. Si, por ejemplo, «un sujeto induce a otro a copular con un animal, haciéndole creer que es necesario para fines veterinarios o experimentales (...) lo único dominable era aquí el comportamiento externo del engañado, mientras que la inmoralidad fundamentadora de punibilidad no cabe fundamentarla provocando error»²⁵.

Aunque la imposibilidad de sancionar la autoría mediata es el efecto más atribuido a los delitos de propia mano²⁶, podrían mencionarse otros. Por ejemplo, en la medida en que se los caracteriza como de acción, no podrían ser cometidos por omisión, dado que con esta no se sanciona la conducta efectivamente realizada sino aquella que –siendo debida– nunca se desplegó; si es la inmoralidad exteriorizada lo que hace de ellos algo inescindiblemente unido a un individuo, entonces ni la coautoría, ni la determinación, ni la complicidad, serían aplicables a estos delitos. En el conocido caso hipotético de la dueña de un burdel en Hamburgo que propicia un encuentro sexual entre dos hermanos que no se conocían²⁷, la

²² Cfr. §175b StGB.

²³ Cfr. §173 StGB.

²⁴ Aquí se ve claramente un retorno al planteamiento de BINDING y su vinculación de esta categoría con los actos indecentes.

²⁵ ROXIN, Claus, Autoría, ed. cit., pág. 451.

²⁶ Cfr. BERDUGO, Ignacio, ed. cit., pág. 155; MAQUEDA ABREU, María Luisa, ed. cit., págs. 15 y 16; MEZGER, Edmund, Derecho penal – parte general, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, trad. de Conrado A. Finzi, págs. 308 y 309; ROXIN, Claus, Autoría, ed. cit., pág. 428; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, ed. cit., pág. 32.

²⁷ LISZT, Franz von, Strafrechtliche Fälle zum Akademischen Gebrauch, Wentworth Press, 2018, caso 130,2.

circunstancia de que estos actuaran sin dolo impide que la mujer sea castigada como coautora, determinadora o cómplice de incesto, además de no poder ser procesada como autora mediata.

Una teoría normativa del delito, edificada alrededor de conceptos sociales de la acción y del bien jurídico conduce a un replanteamiento de la autoría y la participación que, entre otras cosas, torna innecesaria la figura de los delitos de propia mano. Desde esta perspectiva, el derecho penal no debe intervenir cada vez que se dañe un bien jurídico, porque en muchas oportunidades ellos resultan afectados como consecuencia de la legítima interacción social. Al derecho penal solo le interesan aquellas conductas que ataquen (pongan en peligro o lesionen) de manera indebida un bien jurídico, lo cual solo ocurrirá cuando se produzcan mediante la infracción de una norma de prohibición erigida para proteger el bien jurídico frente a una determinada clase de ataques. Si el delito se caracteriza en su parte objetiva por ser una indebida forma de ataque al bien jurídico mediante la infracción de un deber contenido en la norma de prohibición, entonces no debe insistirse en mantener una diferencia entre delitos de acción y de omisión; en uno y otro casos lo reprochable no es si la persona realizó o no un movimiento corporal, sino si infringió el deber impuesto por la norma de prohibición; bajo esta perspectiva, todos los delitos son de infracción de deber.

Desde el punto de vista de la acción, ella no debe ser entendida como un conjunto de movimientos corporales carentes de contexto; si bien eso es desde el punto de vista puramente ontológico, su valor al interior de un grupo social depende de lo que a través de las convenciones propias del lenguaje común se transmita. Al derecho penal le interesa lo que esas conductas comuniquen, por lo que su intervención se limita a aquellos casos en los que un comportamiento puede ser objetivamente interpretado como una indebida forma de ataque al bien jurídico. Este concepto de acción permite hablar de conductas globales cuando son desarrolladas de manera consensuada por un número plural de personas, tanto en el ámbito de lo lícito como en el de lo ilícito; eso es lo que nos permite hablar de lo bien que juega un equipo de fútbol, de la calidad de los vehículos que fabrica una determinada empresa, o de los asaltos bancarios perpetrados por bandas criminales.

En todos esos ejemplos hay personas que ontológicamente actúan de manera individual, pero su conducta solo adquiere relevancia como parte de una acción global que puede o no ser relevante para el derecho penal. A partir de esta noción es dable afirmar que en el plano de la imputación objetiva (o del injusto, si se prefiere la expresión) no hay razón para diferenciar entre un autor y un partícipe; respecto de ambas categorías el derecho penal sólo interviene si se ha creado un riesgo jurídicamente

desaprobado que se ha realizado en el resultado. La diferencia solo resulta útil en el ámbito de la punibilidad, para la individualización de la sanción de acuerdo con el reproche de culpabilidad. Cuando el tipo penal exija una determinada cualificación en el autor, la conducta global será susceptible de reproche en la medida en que por lo menos uno de quienes de manera consciente y voluntaria toman parte en ella la posea, independientemente de las repercusiones que esa circunstancia tenga al momento de individualizar las sanciones que a cada uno le correspondan.

Como bajo esta perspectiva no hay una categoría autónoma de delitos de propia mano, tampoco puede hablarse de una única forma de solucionar la problemática que plantean los casos que suelen ser invocados como ejemplos de aquella. El juez que le pide el favor a su empleado de redactar una sentencia conforme a sus instrucciones y le indica la forma en que debe estampar en ella su firma electrónica, comete un delito de prevaricación si la decisión es contraria a la ley, aun cuando no haya sido él quien la elaboró con sus propias manos, porque –asumiendo la buena fe del empleado²⁸– fue el juez quien infringió el deber de proferir decisiones ajustadas a la normatividad. Si, por el contrario, alguien logra tener acceso a documentos digitales de un funcionario judicial con base en los cuales ensambla una decisión manifiestamente contraria a la ley suplantando en ella la identidad del juez, no habrá cometido un delito de prevaricación porque en cabeza suya no estaba el deber de emitir fallos acordes con las normas legales. En el caso de la dueña del burdel de Hamburgo, tampoco ella puede ser considerada autora del delito de incesto porque no tenía un deber de proteger la integridad de la familia a la que pertenecían los hermanos que, sin saberlo y gracias a sus ardides, mantuvieron relaciones sexuales.

En ninguno de los casos mencionados la solución depende de si se actuó de propia mano o mediante la utilización de un instrumento, sino de si la conducta desplegada puede ser considerada como una indebida forma de ataque al bien jurídico; esto último ocurrirá cuando se quebrante una de las normas de prohibición orientadas a proteger el bien jurídico, lo cual equivale a sostener que esta clase de delitos –como todos los demás– surgen a la vida jurídica cuando mediante la infracción de un deber se ataca de manera indebida un bien jurídico.

²⁸ Si actuaron en connivencia, los dos responderían por la conducta global de prevaricación, pero recibirían penas distintas.

Seguridad ciudadana, derecho penal y derechos humanos. Una opinión del Consejo de Europa

Luis Ramón Ruiz Rodríguez
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Cádiz



I. INTRODUCCIÓN

LA PROMULGACIÓN EN EL AÑO 2015 de la nueva Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), siguiendo la estructura y planteamiento general de la ley de 1992, ha sido objeto de un amplio e intenso debate desde el inicio de su tramitación a todos niveles: en el plano legislativo, en los medios de comunicación, en la pugna ideológica, entre los profesionales directamente concernidos por la ley, en los tribunales de justicia y en la ciudadanía en general. Un debate que ha derivado, entre otros efectos, en conseguir que la ley lleve adjunto, desde el inicio, un apodo tan poco favorecedor como es el de «Ley Mordaza», expresión que permite identificar la vigente Ley de Seguridad Ciudadana entre cualquier colectivo, se posicione de manera favorable o crítica con la redacción de la misma.

Aunque algunas reacciones a la norma se han producido fuera de las fronteras españolas, especialmente en medios de comunicación, hasta el momento, el debate se ha mantenido en el campo de la constitucionalidad del texto relativa a algunos preceptos clave de la ley. La entidad de las sanciones, la prohibición de captación de imágenes de los agentes de la autoridad o el castigo de la convocatoria espontánea de manifestaciones sin comunicación a la autoridad, han jalonado buena parte del análisis más encendido de la ley, al menos, hasta la resolución del Tribunal Constitucional, que, mediante sentencia de 19 de noviembre de 2020, ha declarado la constitucionalidad de la ley, con la excepción del artículo referido,

precisamente, a la toma de imágenes y videos de los agentes de la autoridad en sus intervenciones policiales en la vía pública.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal no ha cerrado la cuestión –además de existir un proceso legislativo de reforma que continúa en trámite–, ya que una vez finalizada la trayectoria jurisdiccional española, se ha iniciado un nuevo camino de discusión en el plano internacional, en concreto, en el Consejo de Europa, que con fecha reciente de 20 de marzo de 2021 se ha pronunciado sobre aspectos fundamentales de la ley a través del mecanismo de la Opinión, documento emitido por la conocida como Comisión de Venecia o, de manera más formal, por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho.

Como órgano consultivo del Consejo de Europa que es, la Comisión ha realizado un estudio de la vigente Ley de Seguridad Ciudadana en clave de constitucionalidad, ya que la misión principal de este órgano es asesorar en materia constitucional a los Estados miembros del Consejo para contribuir a mejorar el funcionamiento de sus instituciones democráticas. De forma más concreta, el documento emitido lo que evalúa es si las fuerzas y cuerpos de seguridad de España pueden llegar a desarrollar acciones dentro del marco de la Ley de Seguridad Ciudadana que no sean acordes con las exigencias y límites que deben observar todos los organismos policiales en las intervenciones con los ciudadanos de los Estados democráticos.

La Opinión de la Comisión de Venecia no ha sido precisamente complaciente con el texto de la LOPSC y alerta sobre distintas fuentes o vías dentro del texto que facilitan una aplicación incompatible con el respeto al ejercicio de determinados derechos humanos, principalmente civiles y políticos, si bien realiza una declaración general de compatibilidad de la norma con la Constitución Española y, por lo tanto, con las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos. El propio organismo europeo reconoce que este documento no aborda un análisis completo de la ley, dada la extensión y complejidad de la misma, advirtiendo que la ausencia de análisis de otros contenidos no abordados en la Opinión no implica que se emita una valoración positiva tácita sobre el resto de la norma (apartado número 11 del documento).

El documento resalta algunos aspectos de la ley que, refiriéndose a la seguridad ciudadana, no dejan de tener implicaciones de importancia para la interpretación y aplicación de la ley penal, puesto que algunas de las infracciones sobre las que la Comisión se pronuncia pueden llevar de modo indirecto al terreno de la infracción penal, por ejemplo, a través de determinadas formas de desobediencia o de resistencia a la autoridad.

II. LOS RIESGOS PARA LOS DERECHOS HUMANOS SEÑALADOS EN EL INFORME: LA SEGURIDAD CIUDADANA, LA MATERIA PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El análisis de la ley por parte de la Comisión marca como punto de partida la relevancia de la ley en el conjunto del ordenamiento jurídico español, llegándo a denominarla como «código policial», ya que, para este organismo, la norma «regula el papel de la policía en la sociedad. Las fuerzas policiales tienen el <monopolio de la violencia>, por lo que esta Ley es una de las más importantes de la legislación española desde la perspectiva de los derechos humanos. La Ley prevé medidas que pueden interferir con la libertad de expresión (artículo 10 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, el CEDH), con el derecho de reunión (artículo 11 del CEDH), con el derecho a la intimidad (artículo 8 del CEDH), y con las respectivas garantías establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con otros documentos internacionales» (apartado número 10 del documento).

Esta trascendencia para los derechos humanos implica, a su vez, que las exigencias limitadoras propias de los Estados de Derecho democráticos, respecto de las leyes que pueden implicar restricciones en el ejercicio de aquellos, emerjan con la misma fuerza de contención que esas normas ofrecen y facultan para el ejercicio del poder, del poder de restringir derechos o de poder castigar. Por esa razón, la Comisión suscribe inicialmente el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional de España para declarar acorde con la Constitución el articulado de la LOPSC, excepción hecha del comentado aspecto de la captación de imágenes de las intervenciones policiales, pero lo hace para concluir que, siguiendo la doctrina del TC relativa a que las leyes que se pueden interpretar de forma acorde a la Carta Magna no son inconstitucionales, la LOPSC representa un riesgo elevado para los derechos humanos por la facilidad que su texto permite para una aplicación abusiva de la misma, y ello, por la falta de precisión y de previsibilidad en buena parte de su contenido (apartado número 19 del documento).

La Ley de Seguridad Ciudadana, en su reformulación del modelo establecido en la anterior norma de 1992, ha optado por una técnica de redacción de las prohibiciones y de las habilitaciones a las FF.CC.SS. que traslada el fundamento de la reacción policial desde el terreno de la existencia objetiva del riesgo para intereses relevantes, hasta el del mucho más maleable de la interpretación razonable por parte de los agentes de la autoridad de un posible riesgo que es preciso abortar antes de que se manifieste.

La seguridad jurídica se convierte, de esta manera, en la primera preocupación de la Comisión, que en su informe –apartado número 21–, ya

alerta sobre la vaguedad de la redacción de buena parte de las normas que recogen infracciones, ejemplificando la situación con uno de los preceptos más aplicados durante la vigencia de la ley, el relativo a mostrar falta de respeto a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (art. 37.4 LOPSC), haciendo una interesante alusión a su utilización sistemática para una situación no prevista al promulgarse la ley, como ha sido la pandemia de la COVID-19. El uso preeminente de este precepto para una emergencia sanitaria, que fue inicialmente considerado fundamental para el mantenimiento del orden público, ha mostrado el potencial riesgo para los derechos y libertades de los ciudadanos por su líquida extensión a situaciones no previstas. De este modo, la duda sobre si la finalidad del precepto está más relacionada con la dignidad y operatividad de los funcionarios o con la protección de la seguridad ciudadana, es más que razonable.

El Tribunal Constitucional afirmó en su sentencia que confirmaba la constitucionalidad de la LOPSC, y lo hizo, entre otros motivos, argumentando que la norma tiene naturaleza administrativa, de modo que este carácter la aleja de las exigencias propias del Derecho penal asociadas a la seguridad jurídica y la taxatividad. En consecuencia, al ser formalmente Derecho administrativo y tratarse de una materia en la que resulta muy complicado alcanzar un altísimo grado de precisión, la constitucionalidad de la norma estaría garantizada por el menor impacto que la norma tendría en los Derechos fundamentales y las Libertades públicas.

Pero esa es una argumentación más que discutible, y la Comisión de Venecia profundiza en esta cuestión para rechazar el argumento del Tribunal español. La propia consideración de la norma como una ley que requiere las más amplias garantías para su promulgación, vigencia y garantía, ya resulta indicativa de la importancia que ostenta de cara a esos derechos y libertades. No todas las normas administrativas con disposiciones sancionadoras se promulgan como leyes orgánicas, porque la inclusión de sanciones, *per se*, no implica una afectación relevante a aquellos y aquellas. Ni siquiera las normas administrativas relacionadas con la seguridad alcanzan siempre ese carácter, por ejemplo, en el supuesto de la Ley de Seguridad Privada de 2014. Si la LOPSC es una ley orgánica lo es porque su conexión con la materia penal es muy íntima, tan estrecha, que algunas de las infracciones penales que se eliminaron con ocasión de la reforma del Código penal de 2015, pasaron a formar parte de la ley de seguridad ciudadana como infracciones graves o muy graves. Sin olvidar que algunas infracciones de esta ley son equivalentes a infracciones propias de la ley penal, diferenciables sólo por el criterio de la gravedad (v. gr., desobediencias y resistencias).

De esta forma, la Comisión reflexiona: «la pregunta principal, sin embargo, es cómo distinguir la legislación administrativa de la penal. La

Comisión toma nota, en este sentido, de que ciertos tipos de <conducta desordenada>, que ahora se describen en la Ley y son sancionables con multas administrativas, han sido previamente regulados por el Código penal. El legislador no debe eludir la difícil tarea de formular reglas claras y precisas en el ámbito del Derecho penal simplemente re-caracterizando los delitos como «administrativos». La severidad de las sanciones administrativas (que pueden llegar hasta los 600.000 euros por las infracciones más graves –véase el artículo 39 párr. 1 de la Ley–), ubica estas infracciones dentro o muy cerca del ámbito del Derecho penal, tal como lo interpreta el TEDH, de acuerdo con el llamado test de Engel, circunstancia que es particularmente importante para que las infracciones relevantes se formulen en la ley con la precisión necesaria».

El problema reside en que el ordenamiento jurídico español en materia de seguridad pública carece, por diferentes clases de reticencias institucionales, de un modelo de desarrollo reglamentario de la normativa general sobre seguridad pública. A diferencia de lo que sucede con la regulación de la actividad de seguridad privada, que ha contado siempre con una norma con rango de ley y un reglamento de desarrollo, ninguna de las leyes sobre seguridad pública o sobre las organizaciones policiales ha contado con desarrollo reglamentario alguno, con la excepción de la frustrada experiencia de desarrollo reglamentario de la actividad de los Mossos d'Esquadra de 2010. Y es esa carencia, precisamente, la que se critica en el informe europeo (apartados números 33 y 34), porque impide concretar en normas escritas los principios limitadores de la actuación policial que las leyes insertan con declaraciones muy generales y abstractas, pero que impiden a los propios funcionarios policiales saber cuáles son realmente los límites bajo los que deben desarrollar su actuación profesional.

Además, tampoco existen mecanismos adecuados de seguimiento externo, o interno independiente, de la calidad y adecuación normativa de la actividad policial cuando las actuaciones se refieren a la aplicación de la normativa sobre seguridad ciudadana. A diferencia del control judicial o del que realizan las unidades de asuntos internos, la que se realiza la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad, que se centran en los problemas de corrupción o de mala gestión de la actividad policial durante las actuaciones relacionadas con la comisión de delitos, las actuaciones relacionadas con la aplicación de la ley de seguridad ciudadana carecen de un adecuado seguimiento institucional que dificulte la generación de un cuerpo de doctrina interna policial que sirva de guía para los agentes a la hora de saber si sus actuaciones se desarrollan de forma adecuada a los principios generales de intervención policial y con el respeto a los derechos y libertades públicas. El propio hecho de que durante la pandemia actual se haya generalizado el uso de la ley para afrontar situaciones de conflicto

con las restricciones sanitarias desvinculadas de problemas directos de orden público, es razón suficiente para plantear la necesidad de incorporar un mecanismo de control interno en esta materia, que defina con claridad los campos de actuación y los procesos a seguir en cada uno de ellos.

III. LAS MATERIAS SENSIBLES DE LA LOPSC

El informe de la Comisión de Venecia sostiene buena parte de las críticas a la ley y a las respuestas de las instituciones españolas de la seguridad que han informado sobre la materia en la existencia de concretos preceptos sancionadores de la norma que permiten visualizar con claridad cómo el respeto a la seguridad jurídica y a la proporcionalidad es claramente insuficiente, por lo que plantea en algunas materias la necesidad urgente de reforma de la ley para mejorar la adecuación a esas exigencias generales.

Entre las materias más destacables analizadas en el informe, se encuentran las actuaciones de control y registro de las personas, la regulación de lo relativo a las reuniones y manifestaciones y al sistema de sanciones y su revisión judicial (no se trata aquí, por razón de la materia, las cuestiones sobre control de fronteras, que también son objeto del informe). Materias heterogéneas que, sin embargo, tienen en común la directa implicación con los Derechos Humanos y, en parte, una clara vinculación con el Derecho penal y su conexión con la seguridad pública.

1. *Los controles y registros personales*

La actuación de intervención sobre el cuerpo de los ciudadanos constituye una de las intromisiones potencialmente más lesivas de los poderes públicos sobre la esfera personal e íntima de las que permite la normativa de seguridad ciudadana, aunque los efectos suelen carecer de carácter permanente sobre los derechos de los sujetos afectados. Son actuaciones que se enmarcan en el contexto de la privación de libertad mediante detención, en lo que sería una fase anterior a la posibilidad de privación de libertad y un condicionante clave para la imposición de sanciones administrativas o penales por la naturaleza de prueba de lo que resulte de los controles y registros personales.

El artículo 20 de la LOPSC representa una sustancial mejora en esta materia, respecto de la ley derogada de 1992, en todo lo relacionado con el procedimiento y explicación al ciudadano de su práctica. La normativa anterior carecía de cualquier referencia a estas cuestiones y la actual

regulación facilita el control sobre los registros corporales, especialmente los que puedan resultar más invasivos. Sin embargo, lo que no hace el artículo 20 de la ley vigente es mejorar la justificación del propio control y registro personal, ampliando la motivación para ejecutarlo, ya que lo extiende y aleja de las causas que podían justificarlo con la ley de 1992. En esta última, el antiguo artículo 19 establecía que dichos registros se podían practicar para «el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo», poniendo como condición la previa existencia de un hecho delictivo y la práctica del registro para obtener las pruebas acusatorias pertinentes.

Sin dejar de admitirse que la limitación a la comisión previa de un delito podía representar una limitación excesiva y que en situaciones de inseguridad ciudadana en la que no se haya cometido algún delito puede justificar registros corporales, el artículo 20 de la LOPSC se ha extralimitado en la fundamentación de la potestad policial al permitirlos «cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención», al subjetivar la actuación policial mediante los indicios racionales y al extender su cobertura a todas las funciones de indagación y prevención policial, que van mucho más allá de la sola prevención o castigo de los delitos, para prevenir infracciones de la propia LOPSC o de cualquier otra normativa relacionada con el orden público y la seguridad ciudadana, por ejemplo, en relación con la seguridad vial.

De este modo, en el apartado número 48, la Comisión de Venecia afirma sobre este punto que se debe «reconsiderar esta disposición; la ley debería vincular las búsquedas y los controles personales con el descubrimiento y la prevención de delitos de determinada gravedad y disponer que, por regla general, se realicen sobre la base de un criterio individualizado de sospecha, cuya existencia debe ser demostrada por el oficial de policía que la practica en sus informes. En cuanto a las búsquedas indiscriminadas/aleatorias, si no pueden evitarse, sólo pueden servir para un propósito legítimo, y su uso debe estar circunscrito a límites temporales, al describir el contexto en el que se pueden realizar tales búsquedas y acompañadas de garantías procesales, incluidos los mecanismos de seguimiento adecuados». El criterio de la sospecha racional por parte del agente, que se encuentra presente en todo el articulado, no permite cumplir con esta exigencia del Consejo de Europa y deja un amplio margen de posible arbitrariedad a los funcionarios responsables de los controles, y la principal consecuencia negativa consiste en la creación de situaciones conflictivas con los ciudadanos, porque en numerosas ocasiones no entienden la razón

del registro o del control y lo rechazan, incurriendo de forma automática en situaciones de desobediencia o de resistencia, con potenciales implicaciones penales. Las garantías que exige la Comisión de Venecia buscan, sobre todo, que el cumplimiento de la norma por parte de los destinatarios primarios y secundarios se realice en un ámbito de comprensión conjunta del sentido de la misma por policías y ciudadanos, lo que disminuiría sustancialmente las discrepancias y la conflictividad asociada a las mismas.

2. *El derecho de reunión y manifestación: las manifestaciones espontáneas*

Otra de las materias objeto de análisis por parte de la Comisión se relaciona con el ejercicio del derecho constitucional fundamental a la reunión y a la manifestación, en particular en lo referido a las manifestaciones espontáneas, ya que éstas chocan de manera frontal con el sistema legal de regulación del derecho de manifestación, al requerir éste, para todas las situaciones, una notificación previa a las autoridades. De este modo, las manifestaciones espontáneas no están contempladas por el ordenamiento jurídico español, por lo que se debe interpretar en sentido negativo que todas son ilegales. No importa el sentido, la urgencia o el modo de desarrollo de las mismas, de modo que, tanto la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (artículo 5), como la LOPSC (artículos 35.1 y 37.1), se coordinan para sancionar todas las manifestaciones no comunicadas, siendo los responsables administrativos de las mismas los organizadores o promotores.

Estas previsiones legales legitiman la acción policial de disolución, que siempre lleva implícita la posibilidad del recurso a la fuerza como herramienta de respuesta a la situación de ilegalidad.

Sin embargo, la Comisión considera esta situación de ilegalidad absoluta de las manifestaciones no comunicadas, las espontáneas en concreto, como contraria a la doctrina del TEDH relativa al ejercicio de este derecho fundamental, a pesar de la previsión constitucional del artículo 21.2, y plantea la necesidad de reformar la LOPSC de cara a considerar legítimas y no sancionables las manifestaciones espontáneas surgidas por un acontecimiento inmediato y relevante. Para ello, solicita hacer efectivo el principio de tolerancia, de modo que «la policía no debería disolver dichas reuniones por la única razón de que no han sido notificadas y también debería tolerar alguna perturbación de la vida normal de la ciudad que puedan causar; esto se desprende claramente de la jurisprudencia del TEDH citada en la sentencia del TC español» (apartado número 65 del documento), y si bien, en la práctica, las Subdelegaciones de Gobierno aplican este

principio de tolerancia dependiendo de las circunstancias, lo recomendable, como asegura la comisión del Consejo de Europa, es que sea la propia ley la que incorpore este principio a su texto.

De igual modo, la norma española entra por la deriva del exceso cuando califica como muy graves las manifestaciones no comunicadas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, ya que no solo las sanciones son draconianas, sino que se hacen recaer siempre en los promotores u organizadores. El primer problema reside en la concreción de lo que se consideran infraestructuras o instalaciones en las que se prestan esos servicios básicos, que, en realidad, tampoco se sabe con precisión cuales son, y menos preciso resulta aún el concepto de inmediaciones. El precepto no sólo resulta etéreo, sino que dificulta a organizadores y participantes saber cuándo pueden estar incumpliendo la norma y si se pueden enfrentar a una sanción tan elevada.

Como la condición del castigo de la conducta es que se genere un riesgo para la vida o la integridad física de las personas, la referencia a esas infraestructuras o instalaciones es innecesaria, porque si el riesgo para la vida o la integridad existe y no se produce en las instalaciones o en sus inmediaciones, entonces el precepto no se puede aplicar. Parece, por lo tanto, que al legislador le ha preocupado más el lugar de manifestación, que castiga gravemente si implica un riesgo personal, que el riesgo en sí, que resulta impune, si no se cumple el elemento del espacio donde la manifestación se desarrolla. No hay que olvidar que el Código penal castiga algunas alteraciones que ponen en riesgo la vida de las personas, como ocurre en el artículo 342, que castiga con penas de prisión de cuatro a diez años estas mismas conductas previstas en la LOPSC cuando son realizadas en instalaciones nucleares si alteran el buen funcionamiento de las mismas.

Como advierte la Comisión de Venecia, se precisa un ejercicio de mayor concreción acerca de la naturaleza de las instalaciones y una clarificación relativa a que el riesgo para la vida sea lo determinante por encima del lugar de manifestación espontánea o no autorizada en sí.

3. *El sistema de sanciones y su revisión judicial*

La última de las cuestiones objeto de análisis en este trabajo se vincula con una de las críticas iniciales más frecuente que se le han realizado a la LOPSC: la cuantía de las multas, que en los casos de infracción muy grave puede alcanzar los 600.000 €.

Las objeciones provenientes del Consejo de Europa no se centran tanto en las cuantías, a pesar de considerarlas muy elevadas, sino en la posición

de debilidad del ciudadano español frente a la Administración en estos procesos sancionatorios. La opinión de la Comisión se centra en las garantías procesales del artículo 6 de la Carta Europea de Derechos Humanos, advirtiendo de la posición frágil en la que la LOPSC coloca al ciudadano frente a la Administración por varias circunstancias: la ausencia de un sistema de asistencia jurídica gratuita, recomendable por la importancia de las multas por infracción grave o muy grave; la relevancia cuasi automática que se concede en el procedimiento español al informe o atestado policial por la presunción de neutralidad; y por la existencia de un mecanismo de reducción de las multas previo reconocimiento de los hechos, «negociación de culpabilidad» lo denomina la Comisión (apartado número 77), en lo que implica un sistema de justicia negociada que los ciudadanos deben aceptar de inmediato y sin asesoramiento, de manera especial si carecen de recursos para ello.

Con la finalidad de neutralizar estos efectos negativos de la norma, lo que se propone es extender las garantías propias del sistema penal a las sanciones más graves de la Ley de Seguridad Ciudadana, tanto por la cuantía de las sanciones como por la proximidad íntima que existe entre algunas de las infracciones más graves y los delitos recogidos en el Código penal.

IV. CONCLUSIONES

El Dictamen emitido por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, del Consejo de Europa, se ha desarrollado con las correspondientes consultas a las instituciones españolas implicadas en la interpretación y aplicación de la LOPSC y representantes de la sociedad civil, y tras el análisis centrado en los aspectos más discutidos de la norma ha recomendado la reforma de la ley, porque «si una norma legal conduce a abusos en la práctica, debe ser cambiada o acompañada de salvaguardas adicionales, incluso si, en teoría, es constitucionalmente aceptable» (apartado número 93 del documento).

El asunto de fondo reside en cómo debe abordarse la regulación de las materias relacionadas con la seguridad pública, la seguridad ciudadana y el orden público: si debe hacerse como una materia puramente administrativa, si ha de tratarse como asunto de índole penal, o si es necesario buscar un camino intermedio que, sin alcanzar la categoría de infracciones criminales, por su cercanía, deba someterse a los límites propios del *ius puniendi*, aun en modo atenuado¹.

¹ En contra de aplicar las garantías penales a las infracciones administrativas con carácter general, WARTENBERG, R.L., «Garantías penales y sanciones administrativas»,

La LOPSC es un buen ejemplo de porqué este camino intermedio es imprescindible. Porque la cuestión no es si las materias paracriminales o descriminalizadas desde el Derecho penal hacia el Derecho administrativo sancionador pueden conllevar pérdida de garantías necesarias para los ciudadanos, que, en efecto, es un problema que queda señalado en el documento europeo analizado, sino si la reducción de las exigencias garantistas que se manifiestan en el Derecho administrativo sancionador constituyen una vía de expansión de esta rebaja hacia el propio Derecho penal, especialmente, en aquellas materias con las que aquel se relaciona. Los mismos problemas que la Comisión ha planteado respecto de la presunción de veracidad de los informes policiales se vienen repitiendo en numerosos procesos penales relacionados con los delitos de resistencia y desobediencia o con los delitos de atentado, y si la seguridad pública, más bien el ejercicio profesional de esta actividad, se eleva a interés objeto de protección de primer rango², entonces el grueso del problema no es el analizado en el dictamen de la Comisión de Venecia, sino justo el inverso.

Se finaliza recurriendo a las palabras del homenajeado Profesor Berdugo, que, consciente de la necesidad de adaptar el Derecho penal clásico a los nuevos tiempos de la moderna criminalidad, propone «avanzar en la configuración de un Derecho penal como herramienta útil para la tutela de los Derechos humanos en todo el mundo y garantizar por esa vía la libertad individual de todas las personas, pero también debe tender a una amplia humanización, en el sentido de un Derecho penal, al mismo tiempo liberal y social, que comporte una atenuación general de la represión»³.

en Política Criminal, núm. 24, 2017. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992017000200622

² RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., «El papel de la seguridad en la ciencia penal: de la categoría científica a la condición de guía de la Política criminal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 124, 2018, pp. 109-144.

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y PÉREZ CEPEDA, A.I., «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», en *Revista Penal México*, núm. 1, 2011, p. 63.

Las personas con discapacidad y las últimas reformas penales

Ángel José Sanz Morán
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid



I. INTRODUCCIÓN

AUNQUE LA RECIENTE ATENCIÓN del legislador español a las personas con discapacidad es anterior¹, ha sido sobre todo a partir de la ratificación por España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006², cuando se han prodigado las iniciativas legislativas atinentes a este colectivo, con el fin de incorporar el contenido de dicha Convención³. Cuando se redactan estas líneas acaba de publicarse (BOE del 3 de junio de 2021) la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que supone una de las modificaciones más amplias y ambiciosas del Código Civil (así como de otras muchas leyes), con el fin de adaptarlo al cambio que

¹ Cabe mencionar, especialmente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad, así como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia.

² Instrumento de ratificación publicado en el B.O.E. de 27 de abril de 2008.

³ Véase, en particular, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (que deroga la Ley 51/2003, mencionada en la nota 1) y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

paradigma introducido en este ámbito por la Convención de Nueva York. De acuerdo con su Preámbulo, se trata de reemplazar el anterior sistema «en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones».

Pues bien, el Derecho Penal no ha sido ajeno a estos cambios en el tratamiento de la discapacidad, que se van produciendo, sin embargo, de manera fragmentaria y poco sistemática⁴. En las páginas que siguen, redactadas con el mayor afecto al compañero (y paisano) aquí homenajeado, Ignacio Berdugo, me referiré, con el carácter sucinto que impone la índole de la contribución, a algunos de estos cambios. En particular, la nueva caracterización de este colectivo, en cuanto objeto de protección penal intensificada, a través de las modificaciones en el art. 25 CP (y concordantes) introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁵, así como la últimas (hasta la fecha) reformas introducida en el Código Penal, por esta Ley de reforma de la legislación civil y procesal a que acabamos de referirnos⁶.

II. LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA DISCAPACIDAD

Como es notorio, la Ley Orgánica 1/2015 establece una nueva redacción del artículo 25 del Código Penal, sustituyendo la anterior, donde

⁴ Para una caracterización general (y muy completa) de las distintas proyecciones de la discapacidad en el ámbito penal y procesal, véase sólo la reciente aportación de PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención», en MUNAR BERNAT, P.A. (Dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid 2021, pp. 117-155.

⁵ Dejamos fuera de nuestra consideración los cambios introducidos, en esta misma reforma de 2015, en el tratamiento de la esterilización de disminuidos psíquicos (art. 156 CP). Para este problema, así como en relación al, más general, del consentimiento de la persona con discapacidad, véase, por todos, PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad...», cit., pp. 140-148.

⁶ Tampoco vamos a considerar las puntuales referencias a la «discapacidad», o a las «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», espigadas a lo largo de las modificaciones introducidas en el Código Penal por la Disposición Final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, al no comportar una modificación del significado asignado a aquellos conceptos en la reforma de 2015 (de lo que nos ocupamos a continuación en el texto) y sí sólo una extensión de la protección dispensada a estos sujetos a nuevos supuestos.

se definía al «incapaz», por otra que alude respectivamente, en sus dos párrafos, a los conceptos de «discapacidad» y «persona con discapacidad necesitada de especial protección». Además de ello, se prescribe que, con carácter general, todas las anteriores referencias del Código al término «minusvalía» se sustituyan por otras a la «discapacidad»; y todas las alusivas al «incapaz» o los «incapaces», por otras que hablen de «persona (o personas) con discapacidad necesitada(s) de especial protección». Se amplía, por otra parte, en esta reforma el número de delitos que prevén una causa específica de agravación referida a esta categoría de víctimas consideradas como especialmente vulnerables y, por ello, necesitadas de protección jurídico-penal intensificada⁷. En una contribución precedente tuvimos ocasión de ocuparnos más detenidamente con el sentido de estos cambios legislativos, que pasamos a considerar sucintamente⁸.

La Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015, tras apelar a la necesidad de «una protección penal reforzada» de las personas con discapacidad, «en atención a su especial vulnerabilidad», señala la necesidad de adecuar la regulación del Código Penal a la reiterada Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, lo que «exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad». Por lo demás, dicho Preámbulo se limita a describir el alcance de las reformas sin ofrecer el necesario esfuerzo de justificarlas. Y esto vale, en particular, para la nueva categoría de «persona con discapacidad necesitada de especial protección». En efecto, aun dando por buena la necesidad de adaptar la terminología utilizada por el legislador penal a la de la Convención de Nueva York, en los términos que establece el nuevo párrafo primero del artículo 25 CP⁹, el problema fundamental se encuentra en su segundo

⁷ Una ulterior modificación (de la que tampoco nos vamos a ocupar), introducida en esta misma reforma del código Penal en 2015, es el inciso añadido al apartado primero del artículo 48 CP –en el contexto, por tanto, de la regulación de la denominada «pena de alejamiento»–, con este tenor: «En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida».

⁸ Véase SANZ MORÁN, A.J. «Relevancia jurídico-penal de la discapacidad», en GUILARTE-MARTÍN CALERO, C. (Coord.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016, pp. 369-380.

⁹ «A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

párrafo; en particular, si el nuevo concepto de «discapacitado necesitado de especial protección», tal y como allí se define¹⁰, suple con ventaja al anterior concepto de «incapaz», a la hora de expresar la necesidad de una protección penal reforzada frente a determinadas personas en virtud de su mayor vulnerabilidad¹¹.

Para resolver esta cuestión resulta inevitable contrastar la anterior definición de «incapaz» con la actual de «persona discapacitada de necesitada de especial protección» y –de acuerdo con el completo estudio realizado por MARTÍNEZ GARAY¹²– el cambio más significativo reside en que, mientras la anterior definición al aludir genéricamente a «enfermedad», posibilitaba que la doctrina dominante entendiera «que cabían tanto las deficiencias mentales como las físicas», con la nueva redacción, «si bien las físicas sí dan lugar a la discapacidad del párrafo primero del art. 25 CP (concepto equivalente a minusvalía), sólo las deficiencias mentales permiten considerar a quien las padece una persona con discapacidad necesitada de especial protección (equivalente a incapaz)», lo que «puede comportar una restricción del concepto de incapaz, especialmente en algunos delitos, de la que quizás el legislador no ha sido consciente»¹³. La cuestión carecerá de relevancia –sigue esta autora–, allí donde la protección acentuada por razón de mayor vulnerabilidad se otorgue valiéndose el legislador de referencias genéricas a la «discapacidad» o la «enfermedad o situación», «referencias tan amplias que permitirían cobijar los casos en que la

¹⁰ «Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

¹¹ Como nos recuerda TAMARIT SUMALLA, J.M. «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra) 2015 (Thomson/Aranzadi), pp. 71-76 (p. 75), «la investigación victimológica ha identificado a las personas con discapacidad como uno de los colectivos «de riesgo», en el sentido de que padecen tasas de victimación superiores a la población general. Este riesgo diferencial existe especialmente en relación con las personas con discapacidad psíquica y cognitiva».

¹² Cfr. para lo que sigue, MARTÍNEZ GARAY, L. «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia (tirant lo blanch) 2015, pp. 125-149 (especialmente, pp. 142 ss.)

¹³ Véase MARTÍNEZ GARAY, L. «Concepto penal de discapacidad...», cit., p. 146.

vulnerabilidad se deba a deficiencias físicas»; pero en otros ámbitos esta solución no es viable¹⁴.

En definitiva, si ya antes¹⁵ suscitaba serias dudas la necesidad de incorporar al Código Penal un concepto como el de incapaz dado que – de nuevo en palabras de MARTÍNEZ GARAY– «en la práctica la definición genérica del art. 25 CP se sustituía por una interpretación teleológica y contextualizada en cada delito en que aparecía el término “incapaz”»¹⁶, la situación no mejora con la sustitución del término «incapaz» por el de «persona discapacitada necesitada de especial protección», dado que –lo acabamos de ver– la definición legal que de esta nueva categoría ofrece el párrafo segundo del artículo 25 CP introduce, de manera poco meditada, una restricción que impide, en principio, su apreciación cuando la discapacidad que provoca la situación de especial vulnerabilidad, merecedora de una protección penal intensificada, no tenga carácter psíquico.

No habría, por tanto, mayor inconveniente en prescindir de definiciones como las recogidas en el artículo 25 CP. La mera sustitución de «minusvalía» por «discapacidad» en los tipos penales dirigidos a proteger frente a las diversas formas de discriminación obliga de por sí a interpretar este último término en el sentido establecido por la normativa internacional, ya incorporada a nuestro derecho positivo, como sucede con otros elementos normativos del tipo. Y en cuanto a los tipos penales que se configuran en razón de la especial vulnerabilidad de la víctima o toman ésta en consideración a los efectos de configurar una modalidad cualificada del tipo básico, bastaría con una genérica referencia a tal vulnerabilidad –concepto que también ha penetrado en el derecho procesal penal–, indicando, en cuanto factores evidenciadores de la misma, la edad, enfermedad, «discapacidad», etc., en términos análogos a los ya existentes en algunos casos.

¹⁴ Véase MARTÍNEZ GARAY, L. «Concepto penal de discapacidad...», pp. 146-147, quien pone como ejemplo lo que sucede en los delitos de abandono de menores o incapaces, de la Sección 3.ª del Capítulo III del Título XII del Libro II del Código Penal, donde las referencias típicas de los artículos 229 a 232 (además de la de la rúbrica de la sección), lo son únicamente a la condición de menor o de «persona discapacitada necesitada de especial protección» y no habrá, por tanto, dónde reconducir las situaciones de deficiencia *física* que pudieran colocar a la persona en una situación de vulnerabilidad similar –desde el punto de vista del bien jurídico protegido en el tipo– a la de los menores, o discapacitados *psíquicos* necesitados de especial protección».

¹⁵ Véase TRAPERO BARREALES, M.A. «El concepto de incapaz en el Código Penal», en *Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales* (Aranzadi), n.º 20 (marzo 1999), pp. 9-35 (p. 10). Se trata, a nuestro juicio, de la contribución más completa referida al artículo 25 CP, en la redacción anterior a su reforma por la L.O. 1/2015.

¹⁶ Véase MARTÍNEZ GARAY, L. «Concepto penal de discapacidad...», cit., p. 132.

III. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

En la amplia reforma de la discapacidad operada por esta Ley, a la que nos referíamos ya al comienzo de esta contribución, se introducen también algunos cambios en el Código Penal. En concreto, a través de su Disposición final primera, cuyo contenido vamos a exponer someramente. En su apartado «uno», modifica el primer párrafo de la regla primera del art. 118 CP¹⁷, en un doble sentido. En primer lugar, cambia la referencia a «quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho», por la de «quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho», con el fin de adaptar la regla a la nueva regulación jurídico civil de la discapacidad; permanece, por lo demás, invariable el sentido de la regulación anterior; esto es, el imputable por anomalía psíquica o perceptiva, autor de un hecho previsto en la ley como delito, responde civilmente en los términos de los artículos 109 y siguientes del Código Penal, siendo también responsables civiles directos y solidarios con aquél, «quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho».

Y se sustituye, en segundo lugar, el término «imputables», con el que se cierra esta regla, por el de «inimputables», zanjando así el debate surgido por la regulación precedente en el siguiente sentido: mientras que un sector doctrinal entendía que la referencia a «imputables» era una errata –no corregida, pese a la treintena de reformas sufridas por el CP– y había que entender que el legislador se estaba refiriendo a los inimputables¹⁸, para otros autores, a lo que el legislador aludía aquí es a la posible existencia, junto al inimputable, de otros intervinientes en el delito «imputables»¹⁹. Pues bien, con la reforma se da la razón a los defensores del primer punto de vista, como así lo reconoce en el Preámbulo de la Ley que nos ocupa, al señalar que «se aprovecha la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables». En cualquier caso, tanto la referencia a que

¹⁷ Queda redactado como sigue: «En los casos de los números 1.º y 3.º son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables». Para el alcance de esta regla, en su redacción anterior, véase el esclarecedor estudio de PANTALEÓN DÍAZ, M. «La enigmática regla 1.ª del art. 118.1 del Código Penal», en *InDret* 2017/3.

¹⁸ En este sentido, por ejemplo, MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 479, quien habla, por lo demás, de «texto legal confuso». Se adhiere también –aunque «a regañadientes»– al punto de vista de que estamos ante una errata, PANTALEÓN DÍAZ, M. «La enigmática regla», cit., p. 11.

¹⁹ En este sentido, entre otros autores, QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general del Derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2007, pp 699 ss.

son «también» responsables directos «quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho», como el tenor del párrafo segundo de la regla que nos ocupa (no modificado en esta reforma), convierten en superflua esta referencia del inciso final del párrafo primero²⁰, pues ya queda suficientemente claro que son responsables civiles tanto los últimamente referidos como los mismos inimputables.

El apartado «dos» de la Disposición final que nos ocupa modifica el ordinal 1.º del artículo 120, que queda redactado como sigue: «1.º Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia». Estamos aquí ante la responsabilidad civil derivada del delito, no directa, sino subsidiaria; y mientras que anteriormente se hablaba de la que corresponde a «padres o tutores», en relación a los «delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela», siempre que fueran convivientes, ahora, manteniendo ese mismo requisito de la convivencia, se alude a los «curadores con facultades de representación plena», en relación al hecho delictivo de «la persona a quien prestan apoyo». Tanto antes, como ahora, se incluye la exigencia de culpa o imprudencia, que debe interpretarse en los mismos términos del art. 118.1 regla 1.ª CP.

Con la regulación precedente, se entendía que el precepto sólo podía referirse a los casos de delitos cometidos por mayores de edad incapacitados que convivan con sus padres, por producirse en tal caso la prórroga de la patria potestad regulada en el anterior artículo 171 CC, o a situaciones asimiladas en el ámbito de la tutela; ahora bien, estos casos entrarían casi siempre en el supuesto antes analizado del art. 118.1, regla 1.ª, al ser declarado el incapaz inimputable. De ahí que se adujera que la responsabilidad no directa –como en este último supuesto–, sino subsidiaria de los padres o tutores, captaba aquellos casos en los que sólo se aprecia la eximente incompleta del art. 21, 1.ª CP, en relación con los números 1 y 3 del art. 20 CP. No hay que olvidar que el concepto civil de «incapaz» era más amplio que el de «inimputable», cuestión sobre la que volveremos después. Por lo demás, la referencia a la mayor edad de 18 años servía de recordatorio de que existe un régimen específico de responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por menores, recogido en el Título VIII de la LORRPM²¹. La STS (Sala Segunda) 14.10.2002 (RJ 2002/9289), resumía con precisión

²⁰ En este sentido, por todos, ALASTUEY DOBÓN, C., «Artículo 118», en GÓMEZ TOMILLO, m. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, t. I*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 940-942 (p. 942).

²¹ Así, la doctrina absolutamente dominante. Véase, por todos, ALASTUEY DOBÓN, C., «Artículo 118», cit., pp. 950-951.

los requisitos que comportaba la exigencia de esta responsabilidad subsidiaria: «En primer lugar, ha de tratarse de hechos cometidos por mayores de dieciocho años, en congruencia con la regulación independiente de la responsabilidad civil en caso de tratarse de menores de esa edad, irresponsables penalmente. En segundo lugar, han de estar sometidos a patria potestad o tutela; tratándose de los padres esa patria potestad es la prorrogada a que se refiere el artículo 171 del Código Civil. En tercer lugar, han de vivir en su compañía, y en cuarto lugar debe existir por su parte culpa o negligencia».

La reforma introducida al respecto no contribuye a aclarar el alcance de esta responsabilidad civil subsidiaria. En primer lugar, por prescindir de la referencia a que el hecho delictivo lo cometa un mayor de 18 años²². Por otra parte, la referencia, como responsables civiles subsidiarios, a los «curadores con facultades de representación plena», por el delito cometido por «la persona a quien prestan apoyo», debe interpretarse a la luz de las nuevas previsiones de los artículos 268 y siguientes CC, relativos a la curatela, constituida por la autoridad judicial «cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad» y, más concretamente, habrá que comprobar si estamos ante uno de esos supuestos «excepcionales en los que resulte imprescindible (...) asumir la representación de la persona con discapacidad» (art. 269 CC). Ahora bien, puesto que, como establece este mismo precepto, «deberán fijarse de manera precisa» aquellos actos en los que el curador «deba ejercer la representación», cabe plantear si sigue existiendo esta responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120, 1.º CP, en el caso de que el juez no haya advertido al curador, en la constitución de la curatela, de la asunción de esta forma de responsabilidad. En cualquier caso, del tenor literal del precepto que nos ocupa, se desprende, *a contrario*, que no cabe hacer responsable civil subsidiario del delito cometido por la persona a quien se presta apoyo, a quien se encuentre en alguno de los restantes supuestos de prestación de apoyo a personas con discapacidad previstos en el Código Civil: guarda de hecho, defensor judicial o curador sin funciones de representación (art. 250 CC).

Finalmente, el apartado «Tres» de la reiterada Disposición final de la L.O. (...) da una nueva redacción a la Disposición adicional primera de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir algunas de las causas previstas en los números 1.º y 3.º del artículo 20, el Ministerio

²² En opinión de PANTALEÓN DÍAZ, M. «La enigmática regla», cit., pp. 5 ss., los mayores de 14 años y menores de 18 que cometen un hecho delictivo concurriendo las circunstancias previstas en los números 1.º y 3.º del art. 20 CP, están directamente comprendidos en el art. 118.1 1.ª CP.

Fiscal evaluará, atendiendo a las circunstancias del caso, la procedencia de promover un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a la persona con discapacidad o, en el supuesto de que tales medidas hubieran sido ya anteriormente acordadas, para su revisión». Estamos de nuevo aquí ante una adaptación a las reformas en el ámbito civil y procesal civil. Se refiere una vez más a supuestos de exención de responsabilidad penal por concurrencia de las causas previstas en los números 1.º o 3.º del art. 20 CP (inimputabilidad por anomalía psíquica o perceptiva). Y donde antes se hablaba de instar (por parte del Ministerio Fiscal), la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil, salvo que ya hubiera sido acordada y, en su caso, el correspondiente internamiento del incapaz, se habla ahora de «promover un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a la persona con discapacidad o, en el supuesto de que tales medidas hubieran sido ya anteriormente acordadas, para su revisión».

Sustancialmente sigue, por tanto, todo igual, pero con una importante precisión: antes se hablaba expresamente de que el Ministerio Fiscal podía, en el caso que aquí nos ocupa, solicitar el denominado internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, previsto, como es notorio, en el art. 763 LEC. Ahora, sin embargo, no se dice nada de dicha posibilidad, aunque habrá que entender que la situación no ha cambiado, puesto que este último precepto (que no es objeto de modificación alguna), está incluido en el Título I del Libro Cuarto de la LEC, bajo la nueva rúbrica «De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad...»

La cuestión tiene relevancia, en particular, desde la perspectiva del autor de un delito declarado inimputable y sometido a medida de internamiento, de acuerdo con lo previsto en los artículos 95 y siguientes del Código Penal. Como es notorio, nuestro Código penal fija el límite máximo de dicho internamiento en función de la pena que hubiera correspondido al sujeto caso de ser declarado responsable. Ahora bien, este criterio suscitó desde siempre la duda de qué sucede si extinguida la medida de internamiento por llegar al límite máximo fijado en la sentencia, el sujeto seguía siendo peligroso, apuntando un sector de la doctrina y, desde 2003, el propio legislador (art. 104.2 CP²³) a la (muy discutible²⁴) solución de continuar el internamiento, pero por la vía civil del art. 763 LECrim. De ahí

²³ «Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará a Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código».

²⁴ Nos hemos pronunciado reiteradamente en contra de la misma. Véase sólo, recientemente, SANZ MORÁN, A. J. «Las medidas de seguridad», en ROCA DE AGAPITO,

que no fuera ociosa la anterior alusión a esa posibilidad de promover dicho internamiento. Pero esto nos lleva a la última consideración que queremos dejar aquí sólo apuntada: la de la persona con discapacidad como sujeto activo del delito.

IV. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO: APUNTE JURÍDICO-PENAL Y PROCESAL

Debemos, en efecto, recordar que la discapacidad, bien sea de carácter físico, como ocurre en las alteraciones perceptivas, bien de carácter mental, como en lo que el legislador denomina «anomalías (o alteraciones) psíquicas» puede concurrir no en la víctima del delito, sino en el sujeto activo del mismo. Nos encontramos, entonces, ante un problema de eventual falta de imputabilidad de la persona discapacitada. Habría, en tal caso, que determinar en qué medida la concreta discapacidad puede ser catalogada como alguno de los supuestos de inimputabilidad recogidos en los tres primeros números del artículo 20 Código Penal, bien entendido que, en ellos, junto a la correspondiente causa biológica se exige, en clave normativa, que, «al tiempo de cometer la infracción penal», el sujeto «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» (núm. 1.º), o bien «tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad» (núm. 3.º). Vendría, en tal caso, en consideración la posible aplicación, en lugar de la pena (sujetos inimputables) o junto a ella (sujetos semiimputables), de una medida de corrección o de seguridad en los términos previstos en el Título IV del Libro Primero del Código Penal. Excede, sin embargo, de nuestro propósito abordar esta perspectiva fundamental a la hora de ocuparse con la relevancia jurídico-penal de la discapacidad: la de su concurrencia en el sujeto activo del delito, con su repercusión en el terreno de la concreción de la culpabilidad, así como las consecuencias jurídicas aplicables. Por lo demás, se trata de una materia de la que venimos ocupándonos de manera especial desde hace años, por lo que remitimos a anteriores contribuciones²⁵. Baste con apuntar un par de datos. Por un lado, y como bien afirman, muy recientemente, Pantaleón y Puente, «resulta absolutamente impropio llevar a cabo una equiparación entre discapacidad psíquica

L. (Dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Valencia 2019, pp. 303-322 (p. 313, y allí, la nota 25).

²⁵ Véase, sobre todo, SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid (Lex Nova) 2003. Una reciente síntesis actualizada, con ulteriores referencias bibliográficas, en SANZ MORÁN, A. J. «Las medidas de seguridad», cit.

e inimputabilidad *ex art. 20.1* y discapacidad sensorial e inimputabilidad *ex art. 20.3*»²⁶. Por otra parte –y de ello se hacen eco también los autores señalados²⁷–, el *Leitmotiv* que subyace a la más reciente reforma legal en materia de discapacidad, tal y como plasman las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que transcribíamos al comienzo de esta contribución, reside en la reclamación de la plena capacidad y personalidad jurídica del colectivo que nos ocupa, lo cual podría llevar a una completa reformulación del concepto mismo de (in)imputabilidad, que, sin embargo, de momento no parece que vaya a abordarse.

Parece, por el contrario, que sí hay intención de revisar el (ahora muy deficiente) tratamiento jurídico procesal de la inimputabilidad, si atendemos a las previsiones recogidas en el último (hasta la fecha) Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. De la situación actual también nos hemos ocupado reiteradamente²⁸, por lo que bastará aquí una sucinta recapitulación. El punto de arranque para el planteamiento del problema hay que situarlo en la previsión del art. 3.1 CP: extensión de la garantía jurisdiccional (derivada del principio de legalidad) a las medidas de seguridad. De ahí se van a derivar dos consecuencias básicas en lo que aquí nos afecta: por un lado, la falta de previsión de la posibilidad de imponer, con carácter cautelar, alguna de las medidas de seguridad recogidas en el Código Penal; y, de otra parte, la necesidad de proseguir el procedimiento penal, presumiendo una capacidad procesal inexistente, hasta la determinación en sentencia de la inimputabilidad del sujeto con eventual imposición de medidas de seguridad.

En relación a la primera de estas cuestiones, tanto el proyecto de 1980, como la PANCP (e incluso el borrador de Anteproyecto de 1990) preveían la posibilidad de imponer, con carácter cautelar, las medidas de seguridad recogidas en el CP. Y el mismo criterio encontramos en el derecho comparado (baste citar Alemania o Italia, países tan próximos). Sin embargo, el CP vigente no recoge esta posibilidad. En la decisión del legislador, pesó, sin duda, el argumento de que nos encontraríamos, en tal supuesto, ante medidas de carácter «predelictual», declaradas (como es notorio)

²⁶ Véase PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad...», cit., p. 121.

²⁷ Véase PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad...», cit., pp. 120-121.

²⁸ Ya en SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas*, cit., pp. 277 ss. y, entre las contribuciones más recientes, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Cizur Menor (Navarra) 2018, Thomson Reuters-Aranzadi, tomo II, pp. 601-623.

inconstitucionales en diversas sentencias (por lo demás, bastante oscuras y problemáticas) del TC en los años ochenta del pasado siglo. La doctrina mayoritaria entiende, sin embargo, que estamos aquí ante una laguna difícilmente justificable que debe ser subsanada. Pero es que, además, ya *de lege lata* cabe hablar de la existencia de alguna medida de seguridad cautelar. Ejemplos: entre las no privativas de libertad, el alejamiento del art. 544 bis LECrim. (que forma parte del contenido de la medida de libertad vigilada, del art. 106.1 CP) o la retirada del permiso de conducir del art. 764.4, segundo párrafo LECrim. (que viene a coincidir con la medida no privativa de libertad prevista en el art. 96.3 CP). Y, entre las privativas de libertad, el internamiento en centro de desintoxicación, previsto en el art. 508.2 LECrim. Más aún, el TC, en su importante STC 191/2004, de 2 de noviembre, confirma la prosecución del tratamiento psiquiátrico en centro (privado) en lugar de la prisión provisional decretada.

La exigencia de «sentencia firme» para la imposición de cualquier medida de seguridad (art. 3.1 CP) viene a zanjar, por otra parte, una vieja polémica relativa a la posibilidad o no de aplicar tales medidas a través de otra clase de resoluciones judiciales, en particular, el auto de sobreseimiento. No obstante, hay que recordar la disparidad de criterios en la LECrim: en caso de sumario ordinario, sobreseimiento libre si aparecen indicios de exención de responsabilidad (art. 637, 3.º LECrim.); en caso de procedimiento abreviado, continuación del juicio hasta sentencia (art. 782.1 LECrim.). En cuanto a la jurisprudencia, encontramos también soluciones enfrentadas²⁹. Y, dejando ahora a un lado el problema de si son o no coincidentes la inimputabilidad y la ausencia de capacidad procesal (expresamente los separa el parágrafo 413 de la STPO alemana), lo cierto es que, a diferencia de nuevo de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos próximos (Alemania e Italia), carece nuestro sistema legal de reglas específicas relativas al problema de la ausencia de capacidad procesal y las consecuencias que ello comporta, operando, en definitiva, con una ficción de plena capacidad procesal del inimputable³⁰. Recordemos,

²⁹ Así, mientras que las SSTs 971/2004, de 23 de julio y 550/2006, de 24 de mayo, argumentan con la necesidad de celebrar la vista oral, para garantizar así en mayor medida los derechos procesales del enfermo mental, la 669/2006, de 14 de junio, dictada, por tanto, pocos días después de la última de las citadas en primer lugar, decreta el sobreseimiento, con remisión al orden civil.

³⁰ El dilema que aquí se presenta ha sido claramente descrito en la STS 1033/2010, de 24 de noviembre: «El Código Penal de 1995 (arts. 1.2, 21.1 y 101) sólo permite la imposición de una medida de seguridad en Sentencia por lo que el archivo de la causa sin celebración del juicio no es una solución satisfactoria desde el punto de vista constitucional y legal, ya que no podría imponerse una medida de seguridad sino en sentencia definitiva. Por otra parte, acordar la celebración del juicio contra quien no es

finalmente, que el problema de la capacidad procesal del inimputable se ve mediatizado además por la existencia de una serie de previsiones altamente problemáticas relativas a la denominada inimputabilidad sobrevinida durante la tramitación de la causa, cuestión ésta en la que no podemos ahora detenernos.

Pues bien, parece que, como apuntábamos más arriba, el legislador ha decidido abordar este problema central del «status» procesal del inimputable, como lo muestra el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado en 2020, tal y como se explica en el apartado XVII (págs. 22 y ss.) de su Exposición de Motivos, donde se reconoce que «la regulación del régimen jurídico procesal de la discapacidad sigue siendo, en efecto, una de las lagunas más notorias de la regulación en vigor». A efectos de colmarla, el capítulo II del Título II, bajo la rúbrica «La persona encausada con discapacidad», ofrece un completo marco normativo (artículos 61 a 80), que van desde la proclamación de derechos de dichas personas, pasando por las reglas procesales, medidas aplicables (entre las que se incluye un internamiento cautelar alternativo a la prisión provisional), hasta las especialidades que comporta la ausencia absoluta de capacidad procesal. La consideración detenida de estas novedades «prelegislativas» requeriría, sin embargo, de otra contribución que, posiblemente, abordaremos en breve.

V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Como apuntábamos al comienzo de esta contribución, los problemas que la discapacidad ofrece desde la perspectiva del derecho penal y procesal penal vienen siendo objeto de consideración parcial y fragmentaria. Prueba de ello lo constituyen las dos últimas reformas, hasta la fecha, del Código Penal, operadas, respectivamente, por la Ley 8/2021, de 2 de junio y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Dice mucho también de la «racionalidad del legislador penal», por evocar el título de una obra de referencia³¹, que leyes publicadas con dos días de diferencia se ocupen ambas

capaza de entender lo que en él ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo. La celebración de un juicio frente a quien no entiende ni puede defenderse supone el quebranto de los derechos más elementales que conforman un juicio justo, sin obviar que la imposición de la medida de seguridad necesitará un previo pronunciamiento sobre el hecho y su antijuricidad».

³¹ Me refiero, obviamente, a la de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid (Trotta) 2003.

con cuestiones atinentes al objeto de esta contribución: de la responsabilidad civil derivada del delito cometido por el discapaz, en un caso, y de la extensión de la protección penal por motivo de discapacidad, en el otro. Y en un tercer texto, que aún no ha entrado en las Cortes, se sustancia el problema central del régimen procesal aplicable a estas personas. Resulta, de este modo, patente la ausencia de una adecuada política legislativa que considere, de manera conjunta, las especificidades que, por razón de discapacidad, quepa arbitrar, teniendo presente la posición jurídica dual que puede ostentar la persona con discapacidad: como sujeto activo del delito o como su víctima.

¿Democratización del Derecho penal?

Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra



I. INTRODUCCIÓN

NO EXISTEN DEMASIADAS DUDAS acerca de que las democracias constitucionales se hallan en crisis, aunque las dimensiones de esta sean discutibles. Dos de los aspectos menos controvertidos son seguramente los relativos a la ruptura de los consensos sociales básicos y a la tendencia hacia populismos autoritarios. Es en este contexto en el que ha tenido lugar la proliferación de las demandas doctrinales de «democratización» del Derecho penal. El objeto de estas páginas es realizar el esbozo de un análisis crítico de estas. Con ello quiero contribuir afectuosamente al homenaje a Ignacio Berdugo, uno de los penalistas españoles que, de modo más claro, orientaron sus planteamientos jurídico-penales desde el inicio a la noción del Estado democrático de Derecho consagrado en la Constitución de 1978.

II. ¿REDUNDANCIA O CONTRADICCIÓN?

Si la legislación penal de un Estado democrático es *eo ipso* democrática, la pretensión de democratizar lo que ya es democrático parece redundante. Tal redundancia sólo se puede evitar mediante la afirmación de que la calidad –o cantidad– de la democracia existente en un Estado democrático dado es susceptible de mejora. Pero ese juicio ya no puede circunscribirse al Derecho penal, sino que tiene que hacerse extensivo a toda la legislación y a toda la práctica institucional de ese Estado. Sentado esto cabe, por un lado, plantear cambios en el sistema representativo, con

el fin de que exista una más completa correspondencia entre las mayorías sociales y las parlamentarias, o con el de incluir a minorías infrarrepresentadas. Por otro lado, cabe proponer fórmulas de democracia participativa o deliberativa que vayan más allá de las instituciones representativas. En realidad, la idea de un debate permanente acerca del modo de practicar la democracia es inherente a la concepción republicana de gobierno. Pero no hay nada de específicamente jurídico-penal en ello.

Es posible, sin embargo, que el planteamiento de la democratización del Derecho penal adopte otro punto de partida. En concreto, el rechazo a la idea de que el Derecho sea un límite sustantivo de la política democrática, entendida como expresión del poder de la mayoría. En efecto, el Derecho puede concebirse como un instrumento de la política o, en cambio, como un límite a esta. Desde la primera perspectiva, el Derecho es sencillamente expresión de poder. Desde la segunda, en cambio, constriñe al poder. La noción de Estado democrático de Derecho refleja claramente esta segunda concepción. Ahora bien, entonces la formulación de una exigencia de democratización del Derecho tiene bastante de paradójica. Si el Derecho posee una dimensión de límite a la democracia, democratizar el Derecho (= un límite a la democracia) tiene que significar «democratizar los límites de la democracia». Es decir, pretender que sólo la democracia se limite a sí misma, lo que significa tanto como que no tenga límites. La alternativa a esta comprensión es admitir que nos hallamos ante una *quaternio terminorum*, es decir, que el término «democracia» se utiliza en sentidos distintos cuando se habla del factor limitador y del objeto que experimenta esa limitación. En las posiciones que se comentan a continuación hay tanto de lo uno como de lo otro.

Ciertamente, la concepción del Derecho como límite al poder mayoritario ha tropezado siempre con dificultades¹. Todo aquello que es calificado de «contramayoritario» las experimenta. La apelación a la «mayoría democrática» parece un argumento indiscutible de legitimación de decisiones frente a aquellos que, de entrada, no las aceptan. Así, es común afirmar que el recurso a la voluntad de la mayoría constituye la forma de resolver los desacuerdos políticos existentes entre quienes no han alcanzado un consenso. Esto, de entrada, no puede ser discutido. Sin embargo, como se ha indicado, el principio mayoritario está sujeto a límites precisamente derivados de la noción de Estado de Derecho (*rule of law*, *Rechtsstaat*). En primer lugar, al límite derivado de la fijación del *demos* en cuyo seno debe establecerse la mayoría, así como al procedimiento de

¹ En este sentido, K. GÜNTHER, *Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?*, *Rechtsgeschichte* 28 (2020), 120 ss., 121-122.

adopción de la decisión mayoritaria. En segundo lugar, a los elementos inherentes a la forma de ley, así como a la estabilidad y seguridad que es común predicar de esta. La publicidad, la generalidad, la irretroactividad y la igualdad son características que se predicar de la moralidad intrínseca propia de la forma del Derecho². En tercer lugar, está sujeto a las exigencias formales-conceptuales y de racionalidad material propias de lo jurídico. Estas últimas son las más polémicas. De entre ellas, las menos controvertidas tienen que ver con la protección de los derechos fundamentales de las personas –de los derechos humanos y las libertades públicas–. Se solía afirmar que se hallan fuera del alcance del poder legislativo de los Estados, protegidas por las constituciones y los tratados internacionales. Sin embargo, aun ellas empiezan a ser cuestionadas desde perspectivas de «democratización»³.

En suma, los tres grupos de limitaciones mencionados se encuentran ante niveles de controversia distintos⁴. Parece aceptarse que las cuestiones del *demos*, de los procedimientos y de la forma de las leyes se sustraen a la decisión mayoritaria o, por lo menos, deben gozar de una estabilidad que los excluya de la disposición de una mayoría momentánea. En cambio, que existan razones propias del Derecho –tanto formales como materiales– que puedan poner en cuestión una decisión mayoritaria es algo que goza de creciente contestación. Buena parte de la discusión sobre la democratización del Derecho penal se mueve en este concreto ámbito.

III. LOS SENTIDOS DE (ALGUNAS DE) LAS PROPUESTAS DE DEMOCRATIZACIÓN

1. *Introducción*

La primera constatación que debe hacerse en este punto es que las propuestas de democratización del Derecho penal tienen contenidos distintos y, en algunos casos, contrapuestos. No existe, pues, una doctrina unívoca de la democratización del Derecho penal. Más bien parece que el prestigio social asociado al término «democracia» y a todos los sustantivos, adjetivos, verbos y adverbios de su familia, conduce a amparar tesis distintas bajo su manto protector. Ciertamente, cuando se habla de democratizar el Derecho penal democrático, cabe que se pretenda hacer hincapié en, al

² Desde L.FULLER, *The Morality of Law*, 1964.

³ Cfr. la descripción de K. GÜNTHER, Rg 28 (2020), p. 122.

⁴ El estado de la discusión se refleja en las distintas contribuciones del libro P. STEKELER-WEITHOFER/B. ZABEL (Hrsg.), *Die Philosophie der Republik*, 2018. Un resumen en el prólogo (pp. 1-7).

menos, tres ideas diferentes⁵. Por un lado, simplemente en el perfeccionamiento de los procedimientos de elaboración de las leyes penales. Por otro lado, en la ampliación –o no reducción– de los derechos y libertades públicas frente al poder punitivo del Estado. En fin, en que el Derecho penal refleje de modo profundo la autodeterminación colectiva, entendida en términos materiales o procedimentales-institucionales. Este último elemento es el que parece prevalecer en las propuestas actuales.

2. LA DEMOCRATIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES PARLAMENTARIAS

a) La democratización como formalización radical

Una conocida línea de las propuestas de democratización se ha dirigido contra las clásicas teorías normativas de la criminalización como límite al poder del Estado⁶. Así, y de modo singular, la doctrina del bien jurídico ha sido objeto de crítica, entre otros motivos que aquí no interesan, tachándose de elaboración doctrinal elitista. Se afirma que, como tal, y dado que no ha sido consagrada en la Constitución, carece de capacidad de limitación de las decisiones criminalizadoras de un parlamento democrático. Para la perspectiva democratizante, por tanto, democratizar el Derecho penal es considerar que el único límite a la política criminal del legislador viene dado por el marco constitucional y, en particular, por el principio de proporcionalidad. Hasta aquí, en realidad, las propuestas no hacen más que recoger la actual práctica institucional de los tribunales constitucionales de nuestro entorno. Sin embargo, a continuación, el propio contenido del principio de proporcionalidad se somete a una

⁵ Por razones de espacio, quedan fuera de estas líneas las doctrinas relativas a la democratización de la aplicación de las leyes penales. Estas se centran en la participación popular en la administración de justicia penal y, en concreto, en la institución del jurado. Esta se considera preferible a la burocratización y dureza artificial que se achaca a los jueces profesionales. Paradigmáticamente, ahora D. VARONA GÓMEZ, ¿Juez o Jurado?, 2021. Pero cfr. también J. KLEINFELD et al., *White Paper of Democratic Criminal Justice*, Northwestern U.L.R. 111 (2017), pp. 1693 y ss.; J. RAPPAPORT, *Some Doubts About «Democratizing» Criminal Justice*, U. Chicago L.R. 87 (2020), pp. 711 y ss.

⁶ Asimismo, aquellas propuestas que asocian democratización con morigeración de la dureza de la legislación penal, especialmente visibles en la doctrina norteamericana: J. KLEINFELD, *Two Cultures of Punishment*, Stanford L. R. 68 (2016), pp. 933 y ss.

⁶ Crítico, J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *La voluntad popular como arma arrojada*, LH Huerta Tocildo, 2020, pp. 141 y ss.

dinamización,⁷ de modo que pierde capacidad limitadora. Ello se acentúa cuando la proporcionalidad de la pena ya no se relaciona con el merecimiento del sujeto del delito, sino sólo con el resultado de una ponderación de global de costes y beneficios sociales en relación con el delito del que se trate. Además, debe subrayarse que esta tesis se complementa con la insistencia en que tenga lugar un incremento de la autorrestricción de los tribunales constitucionales en el juicio sobre la proporcionalidad de las leyes penales. En definitiva, la idea en ascenso es la propia de un reduccionismo legalista: no hay criterio de corrección jurídica que se pueda oponer a la ley formalmente democrática.

Esta tesis se expresa con claridad al vincular la democracia con la legalidad positiva, la contingencia política y con el voluntarismo jurídico. En definitiva, al entenderla como liberación de cualesquiera estándares externos de racionalidad o de moralidad. En la cristalina definición de Gärditz: «La democracia es también liberación de lo justo»⁸. De este modo, el Derecho penal, en tanto que producto democrático, se convierte en algo instrumental y negociable⁹. «En las leyes penales se expresa, al igual que en cualesquiera otras, la preferencia valorativa momentánea y provisional de la mayoría», dice una discípula suya¹⁰. La consecuencia obvia de todo ello es el rechazo de cualquier concepción intelectualista –en el sentido clásico de esta expresión– acerca de los contenidos del Derecho penal. Ello incluye las derivadas de las teorías del discurso y de la democracia deliberativa, que se reputan excesivamente «racionalistas». Se establece así un paralelismo entre las pretensiones de alcanzar justicia material con el Derecho penal y las de racionalidad (o científicidad) de su doctrina, que deben ser rechazadas por igual¹¹. En el marco de esta postura, algunos autores imputan a quienes –por cierto, haciendo uso de su libertad de expresión, de su

⁷ K.-F. GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, *Der Staat* 49 (2010), pp. 331; EL MISMO, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015; EL MISMO, *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, *JZ* 2016, pp. 650 y ss. Aquí cito por K.-F. GÄRDITZ (2015), p. 32. Precisamente crítico con la capacidad limitadora de la proporcionalidad, R. ROBLES PLANAS, *La tiranía de la proporcionalidad*, *LH Silva Sánchez*, 2019, pp. 115 y ss.

⁸ «Demokratie ist daher auch Befreiung von den Gerechten»: K.-F. GÄRDITZ (2015), p. 41.

⁹ K.-F. GÄRDITZ (2015), p. 41.

¹⁰ M.V. WILFERT, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, 2017, p. 82.

¹¹ K.-F. GÄRDITZ (2015), p. 44.

libertad de investigación y de su libertad de cátedra— sostienen las teorías «intelectualistas», la producción de un debilitamiento de la democracia¹².

b) Variantes de la democratización material

Sin embargo, ni siquiera los formalistas radicales se atreven a llegar siempre hasta el final de su lógica, aunque lo hagan con medias palabras. Así, se concede que el Derecho penal, dadas sus funciones comunitarias-comunicativas, no puede ser reducido a una política de seguridad, ni concebirse como una maquinaria externa a la propia comunidad¹³. La primera pregunta que cabe dirigirles es, entonces, por qué no podría serlo, si una mayoría política (provisional) lo decidiera así. La segunda cuestión es qué significa esta limitación sobrevenida.

No está claro, pero podría significar que no puede renunciarse a una cierta materialización del objeto del Derecho penal. En esta línea se muestran dos corrientes que, más allá de la diversidad de sus premisas de partida—respectivamente, individualistas y comunitaristas— y del método que proponen—respectivamente, empírico y de teoría de la sociedad—, coinciden en lo que aquí interesa. Esto es, en la existencia de límites (democráticos)-materiales a las leyes penales formales del poder legislativo del Estado democrático.

La más difundida en los últimos tiempos es la que atribuye a la denominada «retribución empírica»—por oposición a una retribución metafísica, filosófica o deontológica— la condición de teoría normativa de la criminalización¹⁴. El difundido planteamiento de Robinson, que es compartido en mayor o menor medida por un grupo de autores de distintos países,¹⁵ entiende que la determinación de qué conducta merece pena, cuáles son los criterios de atribución de responsabilidad y cuál es la medida

¹² O. DE LA VEGA, Falacia naturalista y ley de Hume: su significado en Derecho penal, *Revista Chilena de Derecho* 47 (2020), pp. 49 y ss., 51, 66.

¹³ K.-F. GÄRDITZ (2015), p. 85.

¹⁴ P.H. ROBINSON, Principios distributivos del Derecho penal, 2012; EL MISMO, *Intuitions of Justice & the Utility of Desert*, 2013; EL MISMO, *Democratizing Criminal Law: Feasibility, Utility, and the Challenge of Social Change* *Northwestern University Law Review* 111 (2017), pp. 1565 y ss. Este mismo año ha publicado dos PAPERS profundizando en este sentido: P.H. ROBINSON, *Undemocratic Crimes*, *U. Penn Law School, Public Law Research Paper* 6 (2021); EL MISMO, *Criminal Law's Core Principles*, *U. Penn Law School, Public Law Research Paper* 9 (2021).

¹⁵ Por ejemplo, T. WALTER, *Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts*, *JZ* 2019, pp. 649 y ss., 654; EL MISMO, *Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungslehre*, en: Kaspar/Walter (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes“?*, 2019, pp. 49

de lo merecido, es algo que corresponde a la comunidad. La investigación sobre este punto debe proceder, por tanto, empíricamente. En el marco de esta corriente se dan varias denominaciones que muestran diferencias de matiz no menor entre sí. Estas son, entre otras, las de retribucionismo comunitario, democrático, demoscópico, popular, o «prevención general retributiva». Algunas de ellas deben ser, seguramente, objeto de crítica. Sin embargo, la línea de investigación particularmente seguida por Robinson en este punto es coherente en un doble sentido. Por un lado, porque ha dado lugar a un trabajo tendencialmente empírico durante décadas. Por otro, porque ese trabajo se ha traducido en resultados modestos, pero interesantes, que establecen un marco adicional al constitucional en el que el Derecho penal legislativo, la aplicación judicial y la doctrina pueden y deben moverse.

La otra perspectiva, parcialmente distinta, pero que también se propone establecer lo que denomina límites materiales-democráticos al legislador democrático, es la que toma como punto de partida una variante del comunitarismo penal¹⁶. Desde esta perspectiva, el legislador penal se halla vinculado a la «cultura moral vivida» (*ethical life*, *Sittlichkeit*) en el seno de una comunidad política determinada. Una diferencia con la anterior es que esta propuesta apela tanto a la forma de vida que se hace explícita en deliberaciones públicas como a la que opera de modo implícito en prácticas e instituciones sociales. Con ello pretende oponerse tanto a una concepción burocrática, como a una racionalista-deliberativa de la producción del Derecho penal. En suma, propone que la tipificación penal de conductas tenga lugar de entre aquellas que atentan contra los valores comunitarios y que, viceversa, no se inculpen jamás las conductas que son expresión de tales valores. Por decirlo gráficamente, la legislación penal debe mostrarse como «derecho consuetudinario codificado»¹⁷.

Ahora bien, la apelación a una autoridad moral de la cultura social, que es propia de una larga tradición en el Derecho penal,¹⁸ puede juzgarse de modo ambivalente. Por un lado, está claro que una legislación penal ajena a la cultura comunitaria tiene pocas posibilidades de sobrevivir. Sin embargo, se genera el problema de la determinación del contenido de esa cultura y, además, el de cómo resolver la tensión entre las distintas co-

y ss., 58-59; EL MISMO, Zur Demokratisierung des Strafrechts, FS R. Merkel, 2020, pp. 545 y ss.

¹⁶ J. KLEINFELD, Manifesto of Democratic Criminal Justice, Northwestern U.L.R. 111 (2017), pp. 1367 y ss.; EL MISMO, Three Principles of Democratic Criminal Justice, Northwestern U. L. R. 111 (2017), pp. 1455 y ss.

¹⁷ J. KLEINFELD, Northwestern U. L. R. 111 (2017), p. 1477.

¹⁸ Hegel, Durkheim, M.E. Mayer, Jakobs.

munidades culturales existentes en una comunidad política. En particular, existen culturas en ascenso y en descenso, procesos de institucionalización y desinstitucionalización. El riesgo de que se utilice el Derecho penal para proteger la forma de vida de la mayoría en contra de cualesquiera grupos minoritarios es patente¹⁹.

Las posiciones reseñadas, en efecto, no tienen suficientemente presente que libertad pública y mayoría social se han hallado y se hallarán siempre en tensión, dentro y fuera del Derecho penal. Por poner sólo un ejemplo, el principio del daño (*harm principle*) que dominó las teorías angloamericanas de la criminalización durante décadas, es liberal, pero no «democrático», en el sentido de mayoritario²⁰. Esa tensión se aprecia de modo acentuado en el marco de las actuales sociedades del riesgo y de la inseguridad²¹. Dado un contexto de inseguridad, no sólo física, sino también en el ámbito de los consensos morales, la libertad (ajena) tiende a contemplarse como un riesgo. Cuando, además, en una sociedad predominan los sujetos que se autocomprenden de modo pasivo, es coherente que la adopción de una perspectiva democrática conduzca a limitar la libertad en aras de la seguridad. En definitiva, a ampliar el espectro de lo punible tanto en el plano material como simbólico.

La posición más conocida de las sostenidas en España integra la perspectiva socio-cultural y la deliberativo-discursiva²². En primer lugar, sostiene el sometimiento de las leyes penales a criterios de legitimación racional, lo que la aleja del formalismo expuesto más atrás²³. Ciertamente, entiende que esos baremos sustantivos de racionalidad —ético, teleológico, pragmático, sistemático y lingüístico—²⁴ están, en caso de que exista divergencia sobre su alcance, sometidos al principio democrático²⁵. Pero este se concibe en un sentido deliberativo-discursivo y no sólo formal-representativo. Por otro lado, la racionalidad ética de las leyes²⁶ no se halla sometida a este último límite deliberativo,²⁷ pues se presume que entronca directamente con el consenso material existente en la sociedad. La racio-

¹⁹ Desde perspectivas distintas, coinciden en la crítica V. CHIAO, *A Response to Professor Kleinfeld's Reconstructivism*, *Harvard Law Review Forum*, 129 (2016), 258 y ss., 266-267; y K. GÜNTHER, *Rg* 28 (2020), p. 122.

²⁰ J. KLEINFELD, *Northwestern U. L. R.* 111 (2017), pp. 1478-1479.

²¹ En este sentido, K. GÜNTHER 28 (2020), p. 125.

²² J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003.

²³ Últimamente, J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad legislativa penal*, en: Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio*, 2019, 119 ss.

²⁴ A los que se añade un análisis transversal de eficiencia (p. 132).

²⁵ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, en: Oliver-Lalana (ed.), 2019, 150 y ss.

²⁶ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, en: Oliver-Lalana (ed.), 2019, 133, 142 y ss.

²⁷ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, en: Oliver-Lalana (ed.), 2019, 153-154.

nalidad ética, en efecto, determina que el contenido de las leyes penales se tenga que corresponder con las creencias compartidas en la comunidad en un doble sentido: extendido al conjunto de la población y prolongado en el tiempo. Otras posiciones difundidas entre nosotros ponen de relieve asimismo la existencia de límites racionales de la legislación penal democrática²⁸.

Lo que me interesa subrayar ahora es que, en definitiva, en este planteamiento se admite la posibilidad de que una ley penal formalmente democrática sea deslegitimada por irracional. Ello no sólo por no responder a los criterios de la democracia deliberativa, sino también por falta de correspondencia con las creencias sólidamente compartidas en la sociedad. Pues bien, este marco sigue propiciando la configuración de un espacio en el que pueden moverse las propuestas doctrinales. Es decir, por poner sólo un ejemplo, el debate sobre si la regulación del desistimiento de la tentativa, o del estado de necesidad, en el Código penal español es correcta o debe ser reformada se tendrá que mover en el marco de las creencias sociales compartidas y de la democracia deliberativa. Pero la última concreción de ese espacio es de competencia doctrinal.

Esta última observación tiene sentido porque, pese a que las propuestas de democratización del Derecho penal –formalistas, discursivas, comunitarias– entran en colisión entre sí, todas ellas coinciden en afirmar su vocación anti-elitista o anti-expertocrática.

IV. LA «DEMOCRATIZACIÓN» DEL PAPEL DE LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL

En efecto, las propuestas de democratización de la legislación penal encierran, de modo muy frecuente, un reproche a la intervención elitista de los expertos. Un lector no avisado podría, sin embargo, errar sobre los expertos de los que aquí se trata. Cabría pensar, por ejemplo, que se alude a las burocracias de los partidos (incluidos los profesores de partido) o a las burocracias de las administraciones públicas, que son las que tienen auténtica capacidad de influir sobre el poder legislativo. O a los burócratas de las organizaciones internacionales, creadores del *hard* o del *soft law*²⁹ que impacta decisivamente en las legislaciones nacionales. O, en fin,

²⁸ J.M. PAREDES CASTAÑÓN, La justificación de las leyes penales, 2013; EL MISMO, Punitivismo y democracia: las «necesidades sociales» y la «voluntad popular» como argumentos político-criminales, *Libertas* 4 (2016), pp. 153 y ss.

²⁹ B. WEISSER, Expertokratie? – Über Macht und Ohnmacht von Experten im Hinblick auf die Strafrechtsentwicklung, *ZStW* 129 (2017), pp. 961 y ss. 965 ss.

a quienes están vinculados a los *lobbies* económicos, o técnicos que entran en juego en los espacios abiertos a la autorregulación (Isos, etc.). Sin embargo, en general no parece que los mayores desvelos se hayan dirigido contra esta clase de «expertocracia»³⁰. En particular, llama la atención la indulgencia con la que se contempla a la legislación penal de proveniencia europea,³¹ cuya más que limitada democraticidad había sido puesta seriamente en cuestión ya hace más de dos décadas.

Nada de eso, que es lo verdaderamente importante en cuanto a las influencias externas en la legislación penal, parece preocupar demasiado. En una discusión «de familia» la crítica de elitismo y de expertocracia se dirige por parte de unos profesores de Derecho penal a otros³². Sin embargo, lo cierto es que la muy limitada labor de asesoramiento o de crítica que todos, como comunidad académica, llevamos a cabo –ante el gobierno de turno, el poder legislativo o la opinión pública– no parece especialmente repudiable desde un punto de vista democrático³³. Que esta labor no tiene carácter institucionalmente vinculante, es algo tan patente que no cabe perder mucho tiempo en justificarlo³⁴. En fin, que alguna presunción –rebatible– de racionalidad debería tener lo que se dice, es algo que parece plausible. No sólo por la inversión de tiempo de estudio³⁵. Además, y en particular, porque, en el ámbito de las creencias compartidas, la concreción de una propuesta de reforma legislativa penal tiene una dimensión específicamente doctrinal. Esto es lo que ciertamente cabe llamar dogmática *de lege ferenda*, que no necesariamente aspira a dogmatizar en términos jurídico-penales toda la política criminal. Nadie discute, según creo, que en cuestiones relativas a la llamada «política criminal» es preciso debatir con filósofos políticos, o teóricos de la ciencia política, así como, según se ha visto, con especialistas en sociología y psicología. En cuanto a la dogmática *de lege lata*, si esta supuestamente se mueve al margen de

³⁰ Críticos, con razón, J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *Libertas* 4 (2016), pp. 178 y ss.; B. WEISSER, *ZStW* 129 (2017), 965.

³¹ K.-F. GÄRDITZ (2015), pp. 78 y ss., con reproches a la doctrina jurídico-penal que es crítica sobre este punto (tachándola de no especialmente sensible a la democracia).

³² Por ejemplo, J.P. MAÑALICH, El principialismo político-criminal como fetiche, *Revista de Estudios de la Justicia* 29 (2018), pp. 59 y ss., en su crítica a Robles Planas, Sánchez-Ostiz y a quien escribe estas líneas. Sobre el tema, J.-M. SILVA SÁNCHEZ, Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal, *InDret* 4/2019, pp. 23 y ss.

³³ B. WEISSER, *ZStW* 129 (2017), pp. 993-994.

³⁴ B. SCHÜNEMANN, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, *Zis* 2016, pp. 654 y ss., 664.

³⁵ J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal, 2018, p. 54.

la legalidad, el juez que la siga verá como su sentencia es anulada por los tribunales superiores, incluido el Tribunal Constitucional. Nada de esto debería dar lugar a tildar a colegas de elitistas o expertócratas.

¿Dónde está entonces el problema? El problema no radica en que un estudioso dé cuenta de los estudios que ha realizado sobre, por ejemplo, las actitudes sociales ante el castigo. Eso no es objeto de crítica, porque es un estudio de «hechos». El problema surge con las «valoraciones»³⁶. En efecto, la tesis de la politización o democratización radical de la cuestión axiológica no tiene que ver con ninguna de las expertocracias mencionadas más arriba. Tales expertocracias, aunque redunden en el endurecimiento del castigo, no afectan al debate que enfrenta aquí a dos posiciones, en última instancia, irreconciliables. En efecto, una línea sostiene que la corrección jurídica de una posición doctrinal *de lege lata* o de *lege ferenda* no se somete al superior criterio de lo que piense al respecto la mayoría de la población. En primer lugar, porque sobre muchas de esas cuestiones no existe, ni existirá, una creencia social compartida pues se ocupan de diferencias de detalle. En segundo lugar, porque abrir un nuevo espacio demoscópico sobre cada problema jurídico-penal concreto no tiene nada que ver con atender a los criterios extendidamente compartidos en una comunidad de forma prolongada en el tiempo. La otra línea, por el contrario, parece sostener que no existe ningún (otro) criterio de corrección material de las posiciones axiológicas –dentro y fuera del Derecho penal– que el de la mayoría social.

La discrepancia no tiene que ver con si se adopta o no una actitud de humildad epistémica,³⁷ a la que estamos todos abocados y que precisamente debe dar lugar al aumento de los espacios de debate³⁸. Que el conocimiento es una empresa comunitaria es algo innegable. Frente a esto, lo que pretende afirmar la posición que ahora critico es que, en materia de filosofía práctica, y por añadidura en lo relativo a la dimensión material del Derecho, todo es una cuestión volitiva. Así pues, no hay nada que conocer, salvo la voluntad de la mayoría. Así, se puede leer: «La pretensión misma de que la política criminal habría de quedar sometida a una cierta racionalidad normativa, definida por principios que son tratados como premisas prepolíticas, no resulta compatible con la contingencia y la inmanencia definitorias del juego político democrático»³⁹.

Pues bien, frente a esto hay que decir que la política no se define por la contingencia y la inmanencia, sino por la búsqueda esforzada y de buena

³⁶ J.-M. SILVA SÁNCHEZ, InDret 4/2019, pp. 23 y ss.

³⁷ La crítica al privilegio epistémico en J.P. MAÑALICH, REJ 29 (2018), 66.

³⁸ M. DONINI, Poder judicial y ética pública, 2015, 104-105.

³⁹ J.P. MAÑALICH, REJ 29 (2018), p. 62.

fe del bien común, que no es siempre el bien de la mayoría. En esa búsqueda es imprescindible el debate, pero debe quedar claro que se está buscando «algo». La tesis opuesta –la de la absoluta contingencia de lo ético-político–, aboca al más absoluto antirrealismo y anticognitivismo axiológico. De este modo, comporta la destrucción de los conceptos valorativos de la política, la ética o el Derecho, hasta de los fundamentales. En efecto, frente a cualesquiera fundamentaciones iusfilosóficas de lo intangible de la dignidad humana y del derecho a la vida, la tesis de la contingencia objeta que los derechos humanos no pueden ser un espacio elitista de los expertos en filosofía del Derecho, sustraído a la democracia⁴⁰. Arrasada la posibilidad del conocimiento ontológico y axiológico, la determinación de lo bueno y de lo malo, de lo jurídico y de lo antijurídico, se convierte en una mera cuestión de poder.

Quizá tal posición quepa todavía en el campo semántico de lo «democrático». A mí me parece que se mueve con comodidad en el ámbito de lo «despótico». Y creo que Ignacio Berdugo podría coincidir en ello. En todo caso, estas páginas han sido escritas para desearle un feliz 70º aniversario. *Ad multos annos!*

⁴⁰ Crítico con la tesis de la contingencia, SEELMANN, *Das Dilemma einer Begründung von Menschenrechten*, en: STEKELER-WEITHOFER/ZABEL (Hrsg.), 2018, pp. 439 y ss., 441-442.

Delimitaciones en torno al principio de culpabilidad y proporcionalidad penal

José Francisco Urquizo Olaechea



EL PRESENTE TRABAJO está dedicado al distinguido catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca IGNACIO BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE como expresión de reconocimiento y admiración.

I. PANORÁMICA DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad penal es el presupuesto de la aplicación de la pena, sólo se puede predicar de un hecho antijurídico atribuido al infractor y, como parte de la sistemática de la teoría del delito, se extrae consecuencias importantes que expresan limitaciones al poder penal del Estado; con lo cual se determina el carácter personalísimo de la pena, requiriendo – por ejemplo– el dolo o culpa como limitadores de la responsabilidad penal y rechazo a la responsabilidad objetiva¹. De otro lado, como principio limitador al ejercicio del *ius puniendi* del Estado (*nulla poena sine culpa*), expresa una exigencia propia del Estado social y democrático de Derecho, dado que la pena no puede sobrepasar la culpabilidad por el hecho; dicho de otro modo, la culpabilidad como límite indica que no se puede sobrepasar la pena justa en consonancia con el injusto generado, con el modelo de Estado de Derecho social y Democrático y la dignidad de la persona humana², entendida esta última en su faceta limitadora del *ius pu-*

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Derecho y Constitución II. Curso de Derecho Penal–Parte General, ediciones experiencia, 2004, pp. 78 y 79.

² DA COSTA ANDRADE, M. Merecimiento de Pena y Necesidad de Tutela Penal como Referencia de una Doctrina Teleología-Racional del Delito. Fundamentos de un

niendi, con la cual se asume la culpabilidad bajo una visión antropológica a través de la cual se establece que el sujeto es capaz de autodeterminarse y que tiene dominio de su propia vida, de tal modo, el derecho penal sólo puede proceder en la medida que la persona tenga capacidad de elección, propiciando motivarse por la norma y sea capaz de conducir su comportamiento de modo adecuado a derecho. Imputar personalmente el comportamiento a quien no estaba en condiciones de ser motivado, supone desconocer que la atribución de responsabilidad penal únicamente puede hacerse como consecuencia de un comportamiento autoresponsable y de una decisión del autor³.

La culpabilidad como antesala de la pena se encuentra absolutamente vinculada a normas previamente definidas y constituye un límite a la aplicación de la pena, por tanto es una garantía que incluye la previsibilidad de la pena, la misma que no puede convertirse en una expresión de justicia divina ni de venganza, pues tenerla como tal hace que se pierda la racionalidad y desconfigura el sentido de la declaración de culpabilidad en cuanto medio de graduación de la pena, que precisamente representa parte de lo que se manifiesta como seguridad jurídica.

Ahora bien, la pena tiene como finalidad el mantenimiento de la paz social y –desde el punto de vista del infractor– la reintegración y resocialización; en tal sentido, proclamar la culpabilidad penal es establecer penas concretas que cumplen fines preventivos y que son parte de la legitimación del modelo de Estado de Derecho. La concreción de la pena evita la arbitrariedad y la determinación legal plasmada en el texto de la ley es el marco referencial, a partir de ella se puede hacer un control de legalidad, proporcionalidad y resulta vinculante al juez penal, ya que la norma escrita no permite que el juez penal invente penas⁴, por tal razón es correcto sostener que en el principio de culpabilidad se debe incluir en los fundamentos del principio de legalidad⁵.

Sistema Europeo del Derecho Penal-Libro Homenaje a Claus Roxin, Schünemann, B & otro, 1995, p. 159.

³ NIETO MARTÍN, A. Culpabilidad y Constitución. *Derecho & Sociedad*, N.º 32, pp. 217-218. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17427>.

⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Teoría de la Pena*, Ediciones Akal, 1991, p. 12.

⁵ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*, Luzón Peña & otros (Traducción), Tomo I, reimp. 2006, p. 147.

II. TRATAMIENTO DE LA PENA Y LA IMPUTACIÓN

La fundamentación de la pena se halla en un proceso de imputación consistente en la atribución de la realización u omisión de un hecho anti-jurídico, este elemento previo debe denotar responsabilidad penal como consecuencia de la acción realizada; en ese sentido, la culpabilidad constituye la condición necesaria y el presupuesto ineludible para la aplicación de la pena. Esta relación de atribución surge inicialmente de una imputación penal y en el marco de un proceso penal. Así, la condición de imputado debe redefinirse en el marco de las garantías que presuponen el proceso, toda vez que de ellas se extrae la culpabilidad como un juicio de valoración concreto. Luego, en la imputación personal, tal como lo expresa MIR: «no se castiga una «culpabilidad» del sujeto, sino que sólo exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente»⁶.

El Derecho penal imputa hechos y establece acciones u omisiones como medios lesivos del cumplimiento de las descripciones típicas. Tal actividad de imputación tiene un carácter personalísimo. Así, en sentido amplio, cuando se tiene a la culpabilidad como un proceso de valoración se entiende que no se analiza al hombre en abstracto, desligado de toda realidad, sino frente a un hecho concreto⁷. Su carácter personalísimo es uno de los logros del principio de culpabilidad, como recuerda Berdugo: «la idea de que el castigo penal requiere la culpabilidad del sujeto tiene su origen en la lucha contra el Derecho penal del Antiguo Régimen, en el que se hacía responder por el delito de uno a sus parientes, así como hechos casuales o fortuitos en los que el sujeto carecía de toda responsabilidad o, en los que tenía una responsabilidad tan sólo indirecta o causal»⁸. El carácter personal de la culpabilidad evita imputaciones penales colectivas, establece que las imputaciones penales deben ser definidas individualmente por razones de garantía y seguridad jurídica; el sujeto debe conocer el hecho imputado pues de él se establecerá la culpabilidad o inocencia.

Por otro lado, el hecho antijurídico es el centro nuclear y presupuesto autónomo; por tanto, objeto de control, porque a partir del hecho se establece un mecanismo de valoración, es decir, se halla la primera imagen que la infracción tiene como fondo, toda vez que la acción u omisión implica mirar al pasado y cuyo control valorativo también se realizará con

⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal-Parte General, editorial IB de F, reimpr. 2016, p. 544.

⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J. Manual de Derecho Penal. Parte General, editorial PPU, 1994, p. 488.

⁸ Ob. Cit. 1, p. 78.

la mirada al pasado. Visto objetivamente, el hecho deviene en un filtro y puede suceder que tal hecho revele variantes que sirvan para definir o redefinir la imputación penal, pero ello deja intacto el carácter cognitivo de la misma como objeto de valoración.

La pena se vincula a un hecho lesivo o peligroso para un bien jurídico, que a su vez es previamente calificado como delito, de ese modo queda excluida cualquier fundamentación de una responsabilidad por la personalidad o modo de vida⁹. La afirmación del hecho como presupuesto se convierte en un límite material, una referencia definida y exigencia que impide sustentar –en sentido normativo– la imputación penal mediante un determinismo fatalista que implica el abandono del principio de culpabilidad para afirmar la peligrosidad sea de origen biológico antropológico o social. Pero téngase en cuenta que la culpabilidad por su propia definición y como consecuencia de un hecho antijurídico *per se* tiende a neutralizar el discurso de los «los hombres de Caín» expulsados del Paraíso, pero algunos marcados por el delito¹⁰. Obviamente, la importancia del hecho realizado se convierte en un punto límite, como precisó Ignacio Berdugo: «la configuración de un Derecho penal de hecho y el abandono de un Derecho penal de autor, porque éste puede hacer penalmente responsable a alguien por lo que es y no por lo que ha hecho»¹¹, ciertamente pasa a constituir un argumento mayor en el sentido que a las personas son reflejo de sus actos y responden por ellos.

Ahora bien, la culpabilidad como principio constituye un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, en palabras de Schünemann: «únicamente el principio de culpabilidad autoriza al Estado a hacer responsable al individuo por sus delitos y a imponerle sanciones que afecten el núcleo de su personalidad»¹²; por tanto, la culpabilidad exige auto-limitaciones que repercuten en la pena. El desarrollo del contenido de la culpabilidad penal ha determinado diversos mecanismos en los que no se puede predicar a este como fundamento de la pena, particularmente en casos evidentes como el supuesto de imputabilidad.

⁹ Ob. Cit. 5, p. 177.

¹⁰ BUSTOS RAMIREZ, J. Los Mitos de la Ciencia Penal del Siglo xx: Culpabilidad y la Peligrosidad, La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Díez Ripollés, J.L. & otros (editores), 2002, p. 5.

¹¹ Ob. Cit. 1, p. 313.

¹² SCHÜNEMANN, B. La Función del Principio de Culpabilidad en el Derecho Penal Preventivo. Cuestiones Básicas del Derecho Penal en los Umbrales del Tercer Milenio. Silva Sánchez, J. (Trad.), 2006, p. 222.

III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL MERECIMIENTO Y NECESIDAD DE PENA

La relación entre merecimiento de pena y culpabilidad obedece a otro fundamento, que tiene que ver con el injusto culpable al cual le sigue – como consecuencia– el castigo¹³. Las intensidades punitivas concretas predicaran el merecimiento de pena siempre que se sustente como lesión de un bien jurídico, acentuando la responsabilidad del sujeto frente a la norma prohibitiva o de mandato, cuya mayor o menor gravedad de la pena se define por el tipo de injusto y lesión del tipo penal. Por lo cual, si la referencia material es el bien jurídico, entonces ello significa afirmar el carácter preventivo general de la pena como base de la fundamentación de la culpabilidad, siendo los criterios preventivos (general y especial) los que orientan la medida de la pena. El merecimiento de pena tiene su sede natural en un proceso valorativo y aplicable al caso concreto, lo cual enlaza con la necesidad de pena¹⁴.

El merecimiento de pena y necesidad de pena no van necesariamente en la misma dirección, pero sí establecen correspondencia. Puede suceder en unos casos que, siendo el hecho en sí mismo merecedor de pena, no obstante –en virtud de las circunstancias concretas del autor o posteriores al hecho– la pena sea innecesaria o inadecuada: limitación del merecimiento de pena por necesidad de pena¹⁵.

El merecimiento de pena es un proceso de valoración e indica que ciertas conductas no serán toleradas, por lo cual se erigen en prohibiciones o mandatos. En consecuencia, por un lado, la valoración *per se* establecerá la línea sistemática que sigue el Código Penal, ya que define los bienes jurídicos objeto de tutela penal y, por otro lado, la pena indicará los alcances del daño social. En este punto, dada su naturaleza valorativa, el merecimiento de pena también se guía por el principio de proporcionalidad¹⁶; en contrapartida, la necesidad de pena coloca al Derecho penal en las fronteras y debe definir si, pese a una manifiesta lesión jurídica, ésta por sí misma justifica la intervención del Derecho penal¹⁷. Así, los principios de subsidiariedad como de *ultima ratio* o *extrema ratio* indican que

¹³ LUZÓN PEÑA, D. La Relación del Merecimiento de Pena y de la Necesidad de Pena con la Estructura del Delito Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal-Libro Homenaje a Claus Roxin, Schünemann, B & otro, 1995, p. 116.

¹⁴ ROXIN, C. ¿Qué queda de la Culpabilidad en el Derecho Penal? Cuadernos de Política Criminal, N.º 30, 1986, pp. 686 y 688.

¹⁵ Ob. Cit 13, p. 122.

¹⁶ Ob. Cit 2, p. 162.

¹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. La expansión del Derecho penal. Nuevos Delitos, nuevos problemas. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de Hoy, 2012, p.p 193-194.

en ciertos casos el control penal es innecesario y se debe recurrir a otros controles formales como el derecho administrativo, etc. y afianzar el principio de intervención mínima; asimismo, la necesidad de pena se sustenta en la racionalidad y también en la proporcionalidad, con lo cual casos de «escasa significación social, puede renunciarse a la acción penal»¹⁸. Existe un grado de autonomía en el principio de necesidad en la medida que, pese a haber existido lesión jurídica penal para justificar la sanción, puede eximirse de ella y reorientarse en virtud de una comprensión del hecho antijurídico, del sujeto, de la pena (como medida idónea) y de la posición de la víctima.

En resumen, el principio de culpabilidad sólo puede establecerse respecto a hechos realizados, en ese sentido constituye un límite al ejercicio del poder punitivo. El hecho realizado por el sujeto –sea por acción u omisión– y la lesión a un bien jurídico penal son presupuestos para establecer la atribución en el sentido de responsabilidad por el hecho realizado. Así, la atribución penal es previa para establecer la culpabilidad, la misma que al ser establecida será determinante para la graduación de la pena. Para Hurtado y Prado, la noción de responsabilidad es de índole normativa, constituye una valoración del hecho típico y antijurídico y permite determinar si se debe atribuir una pena al autor culpable según la perspectiva de los fines de prevención del derecho penal¹⁹. De otro lado, uno de los efectos del principio de culpabilidad es la negación de la responsabilidad objetiva, esto es, responder por el resultado causal (*versari in re illicita*), con lo cual se establece que sólo se responde penalmente por dolo o culpa.

El principio de culpabilidad es uno de los ejes de la seguridad jurídica; en tal medida, define quien o quienes tienen capacidad de culpabilidad. Así, comienza por establecer quién es penalmente imputable, que –según la norma penal peruana– es el mayor de dieciocho años. La regla de imputabilidad establece que la persona debe tener la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto y la facultad de determinarse conforme a esa apreciación²⁰, que en esencia refleja la idea del art. 20 del Código Penal alemán: «Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz... de comprender lo ilícito del hecho o de actuar conforme a esa comprensión». Por otro lado, –pero siguiendo la misma línea– el art. 14 de Código Penal peruano determina el error de tipo invencible: «El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible excluye la responsabilidad o la agravación», así como el error de prohibición invencible: «El error invencible sobre la

¹⁸ Ob. Cit 7, p. 124.

¹⁹ HURTADO POZO, J/PRADO SALDARRIAGA, V. Manual de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, IDEMSA, 2011, p. 574.

²⁰ Ob. Cit. 14, p. 599.

ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad». Así, este artículo excluye la responsabilidad dados determinados supuestos.

Al mismo tiempo, el estado de necesidad exculpante es el paradigma de una causa de exclusión de culpabilidad, mediante la cual no se considera culpable al sujeto pese a la existencia de un injusto, con lo cual se plantea un problema de inexigibilidad, tal como se establece en el art. 20 inc. 5to del CP peruano: «El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene una estrecha vinculación». En consecuencia, el principio de culpabilidad es un límite y, como tal, una regla básica de aplicación estricta que se extiende por todo el sistema jurídico penal dada su significación y alcances, ello en la medida que evidencia que, en casos concretos, responsabilizar al sujeto por el injusto pasa por el tamiz de exigir posibilidades reales de comunicación social con sentido y expresión de libertad respecto a la norma.

Beccaria ha retratado bajo la frase que «Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica: proposición que puede hacerse mas general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico»²¹, con ello se percibe el origen de la prohibición de exceso y orienta a los poderes públicos en el sentido de actuar de forma proporcionada²², y se determina que el principio de proporcionalidad influye el derecho penal, buscando que sea restrictivo –intervención mínima– y sólo lo necesario e imprescindible para la protección de bienes jurídicos. En general, las fases de tipificación penal, pena y su ejecución afecta derechos fundamentales y por su gravedad deben ser limitadas. Así, en casos extremos, las normas penales pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico, v.g. homosexualidad de adultos²³.

²¹ BECCARIA, C. De los delitos y de las Penas. Edición Latinoamérica en el segundo centenario de su muerte 1794-1994, Universidad Externado de Colombia, 3.º ed., 1995, p. 10.

²² Ob. Cit. I, p. 69.

²³ AGUADO CORREA, T. Análisis del Contenido del Principio de Proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal. El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal, 1999, p. 151.

IV. PANORÁMICA DE LA PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad en materia penal es también un medio de control al Estado, ya que limita su poder punitivo. Esta faceta se cumple a nivel de control legislativo al definirse delitos y penas, y –en general– la política penal que el poder legislativo desarrolle. Asimismo, este principio propicia el control de las decisiones de la justicia penal ordinaria, tanto las de carácter estrictamente sustantivo como las normas del proceso penal. Ello se debe, no sólo por el mandato normativo que surge de la Constitución peruana (art. 200 último párrafo) sino también bajo el modelo de Estado social y democrático. En tal sentido, se deben crear las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan realizarse plenamente en el entramado social, normativo y de libertad y con ello propiciarse la convivencia social que tiene la particularidad de mutar continuamente. En consecuencia, se justifica el control de proporcionalidad por el carácter altamente coactivo del derecho penal.

A partir de un planteamiento sustentado en principios, el control constitucional definirá el reconocimiento y legitimidad que poseen las leyes penales. La norma constitucional se impone a las normas ordinarias y, particularmente, a las normas penales en general, buscando que éstas no puedan desligarse de los principios, valores y derechos fundamentales reconocidos y que surgen precisamente de la Constitución del Estado. Por tal razón, se afirma que las normas penales deben ser interpretadas conforme a la Constitución.

En tal medida, el sistema penal se sustenta en procesos de subsunción jurídica, esto es, reglas que determinan conductas específicas con penas definidas, estableciendo límites de actuación. El sistema penal se encuentra debidamente organizado y por ello tiene capacidad de atribución: asigna responsabilidades, lo cual es propio de una «regla jurídica». De su parte, la regla jurídica es una abstracción y una ley general, a la que subyacen principios, los mismos que tienen la fuerza para ser aplicados al Derecho Penal.

Respecto al principio de proporcionalidad, se ha precisado lo siguiente: «La base de la teoría de los principios es la distinción teórico normativa entre las reglas y los principios. Las reglas son normas que requieren algo de manera determinada. Ellas son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción»²⁴. Paralelamente Alexy deriva tres subprincipios

²⁴ ALEXY, R. La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los Derechos Fundamentales. Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de la proporcionalidad, 2019, p. 302.

del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de idoneidad en el Derecho penal indica que únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito debiéndose evitar su intervención cuando político-criminalmente éste se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado o incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos²⁵. La idoneidad a la que Clérico ha denominado «adecuación técnica» la establece en el ámbito de la colisión y señala tres opciones: el medio escogido fomenta la realización del fin, el medio es adecuado; el medio escogido no guarda ningún tipo de relación con la realización del fin, el medio es inadecuado; cuando el medio escogido guarda alguna relación con el fin estatal perseguido, pero no lo fomenta «en todos los sentidos» o sólo de forma muy abstracta, entonces la regla de la adecuación técnica no puede ofrecer ninguna decisión²⁶. Ignacio Berdugo nos recuerda un caso de evidente desproporción de la pena respecto al bien jurídico: «las injurias al Jefe del Estado del art. 147 CP derogado, así como las injurias y desacatos a determinadas autoridades, castigadas las primeras si se realizan con publicidad y fuera de su presencia con la pena de prisión mayor de 6 a 12 años». En ese caso el Tribunal Constitucional Español no abordó el problema de la proporcionalidad, pero, anuló la condena por otras razones²⁷.

El subprincipio de necesidad se configura como un examen de eficiencia de la medida en cuestión, esto es, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta al menor «coste» posible, entendida esta última expresión en el sentido de menor afectación de otros principios en juego²⁸. En Derecho penal la necesidad se plantea desde la perspectiva de la intervención mínima, el proceso de justificación sólo se puede materializar en la medida que se justifique a través de bienes jurídicos necesitados de tutela penal, lo que determina que no todo bien jurídico puede convertirse en bien jurídico penal. Establecer la necesidad significa determinar el carácter indispensable de la norma, pues sólo así puede justificarse²⁹. El principio de necesidad evidencia a su vez el principio

²⁵ Ob. Cit. 23, pp. 151-152.

²⁶ CLÉRICO, L. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. EUDEBA, 2009, pp. 40-41.

²⁷ Ob. Cit. 1, p. 75.

²⁸ LOPERA MESA, G. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 434.

²⁹ URQUIZO OLAECHEA, J. Derecho penal. Principios fundamentales. Gaceta Jurídica, 2021, p. 190.

de ofensividad que obedece a concepciones liberales y se contrapone a la afirmación que el delito es una mera infracción de deber, así precisa Teresa Aguado el principio de ofensividad, permite excluir aquellas acciones que en concreto se muestran inofensivas para el bien jurídico protegido y afirma «la protección de bienes jurídicos tan sólo será necesario y proporcionado cuando exista un bien jurídico merecedor de protección penal... el Derecho penal tan sólo es necesario cuando haya que proteger al bien jurídico ante lesiones o puestas en peligro»³⁰.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto representa un límite al *ius puniendi*, frente a colisiones de carácter normativo y se resuelve vía ponderación. Así, partiendo de idea que la pena debe ser proporcional al hecho cometido, cualquier exceso permite una ponderación tanto en lo abstracto [a nivel legislativo] en cuanto la norma como tal y de otro lado la proporcionalidad en concreto que permite al juzgador instrumentalizar el arsenal normativo a fin de establecer criterios materiales de comparación [momento judicial]. Los supuestos de penas degradantes, inhumanas o humillantes *per se* no resultan adecuadas y no resisten el test de proporcionalidad por falta de equivalencia entre los valores esenciales que se inspiran en la reeducación, reincorporación, rehabilitación del penado a la sociedad, art.139 inc. 22 de la Constitución peruana, pues constituyen derechos fundamentales. Toda norma que por su propio contenido conduce a un derecho fundamental llevará inevitablemente a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto en el marco de una colisión, tanto abstracta como concreta. Ignacio Berdugo al respecto indica: «el principio de proporcionalidad en sentido estricto requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguidos con la incriminación y con las penas previstas»³¹. En tal sentido, la consecuencia del test es determinar la precedencia e impulsar el derecho fundamental que expone mejores razones jurídicas.

V. SÍNTESIS

El principio de culpabilidad tiene el efecto de responsabilizar al sujeto por su hecho y en consecuencia la culpabilidad es el punto de referencia de la imputación fáctica, pero no dice nada sobre la pena a ser aplicada; sólo justifica la aplicación de la pena. Existe un ámbito que debe definir la pena abstracta [dirigido al legislador] y otro a la pena concreta, al sujeto que

³⁰ Ob. Cit. 23, pp. 162-163.

³¹ Ob. Cit. 1, p. 70.

lesionó o puso en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados, es decir, al sujeto a quién se le atribuye responsabilidad. Es insuficiente predicar culpabilidad, pues la pena debe ser proporcionada al hecho. El principio de culpabilidad no basta, entendido en sus justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena³².

El principio de proporcionalidad no fundamenta la pena, limita la magnitud, en la medida que tal magnitud sobrepase la gravedad del injusto, por ello, no se asemeja a la culpabilidad, ni tampoco ocupa el lugar valorativo de asumir el injusto. La base del principio de proporcionalidad se encuentra en su racionalidad y balance normativo, a fin de no menoscabar las libertades públicas y personales. En palabras de Aguado: «Puesto que los principios de culpabilidad y proporcionalidad en sentido estricto son condensadores de algunos principios constitucionales del sistema penal en relación con un individuo concreto, en el momento judicial la relación de complementación entre ambos conceptos se intensifica y, por ello, en el momento de imponer la pena concreta al autor, el juez deberá atender tanto a la gravedad del injusto como a la culpabilidad concreta»³³. En conclusión, el principio de culpabilidad que sostiene la atribución penal no dice nada respecto del merecimiento de pena o necesidad de pena –que se ubica en la proporcionalidad– pese a la dañosidad social concreta. En el hecho punible, la justificación procede desde la culpabilidad, pero, el *quantum* que es necesario justificar puede provenir de los criterios de proporcionalidad en un sentido limitador y como expresión de un proceso de racionalización que tiene como fuente la norma constitucional.

³² Ob. Cit. 6, pp. 138-139.

³³ Ob. Cit. 23, p. 312.

Populismo punitivo y prisión perpetua

Fernando Velásquez Velásquez*



I. INTRODUCCIÓN

AL PROFESOR IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE lo conocí hace cerca de cuarenta años y, muy pronto, surgió entre los dos una cálida amistad. Gracias a sus invitaciones empecé a desplazarme todos los años a Salamanca en plan académico y también, por su inmensa generosidad, diversos discípulos míos hicieron allí sus estadías y culminaron sus estudios de doctorado bajo su dirección o la de sus discípulos; el mismo Ignacio frecuentó muchas veces a Colombia y, algunas, a Medellín. Por eso, ahora que se jubila formalmente —porque él nunca lo va a hacer—, gracias a la generosa invitación que se me ha hecho, quiero unirme con mucho júbilo a esta muy merecida celebración que todos sus amigos, colegas y discípulos, han organizado para festejarlo.

Con tales miras, me ocupo de un tema que hoy está en el primer plano de la discusión en los ámbitos criminológico y político-criminal, para el caso el atinente al populismo punitivo con una manifestación específica que ha sacudido los derechos penales actuales, y no solo en España sino en Colombia y en los diversos países de nuestro entorno legal, esto es, las reformas a la ley penal para introducir diversas figuras que, las más de las veces, van de la mano de un derecho penal en expansión. Este concepto (algunos prefieren hablar de «populismo penal») se ha utilizado de manera recurrente a lo largo de los últimos quinquenios, para referirse a diversos

* Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. E-Mail: fernando.velasquez@usa.edu.co. Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas al interior del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas». Cluster «Criminalidad, Justicia y Paz».

fenómenos ligados –en esencia– con la utilización del derecho penal para fines políticos (en especial electoreros) por parte de la dirigencia de las organizaciones sociales contemporáneas; con él, diría FERRAJOLI, se hace referencia al «[...] uso demagógico, declamatorio y coyuntural del derecho penal, dirigido a reflejar y, sobre todo, a alimentar el miedo como rápida fuente de consenso»¹.

Aquí, en plan de abordar ese fenómeno y precisar sus alcances de cara a un asunto específico (la introducción de la cadena perpetua en legislaciones penales como la española y la colombiana, como herramienta para saciar la «sed de venganza» de la comunidad azuzada por unos medios de comunicación encarnizados, que ven en este asunto una forma de aumentar el «raiting» y vender sus productos malsanos), se le aborda desde una perspectiva general y luego se desciende al caso.

II. EL POPULISMO

A. Aproximación al asunto. Esta problemática surgió ya junto con el proceso de democratización en el siglo XIX² y, desde entonces, sus caracteres y formas han reflejado los modos de democracia que él ha desafiado; desde luego, lo que sí es novedoso es la intensidad y la simultaneidad como este fenómeno se manifiesta en casi todos los países regidos por una democracia constitucional³ durante los últimos años. Eso se percibe, de forma especial, a partir de los años ochenta del siglo pasado con el surgimiento de los «partidos populistas» lo cual ha dado lugar a que sobre el asunto se publiquen muchos trabajos, en los cuales se difunde una visión alarmante a través de la cual se muestra a estos movimientos como «una amenaza a la democracia liberal»⁴, o una «forma patológica»⁵, «pseudo

¹ FERRAJOLI, L. «El populismo penal en la sociedad del miedo», en ZAFFARONI, E. R./FERRAJOLI, L./TORRES, S. G./BASÍLICO, R. Á., *La emergencia del miedo*, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 57.

² Sobre el origen de la palabra, véase ROSANVALLON, P. *El siglo del populismo. Historia, teoría, crítica*, trad. de Irene Agoff, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, pp. 241 y ss.; en general sobre los «momentos populistas» (pp. 95 y ss.).

³ URBINATI, N., «Political Theory of Populism», *Annual Reviews of Political Science*, 2019, N.º 22, p. 112.

⁴ Muy ilustrativo, VALLESPÍN, F./MARTÍNEZ BASCUÑÁN, M. M., *Populismos*, Madrid, Alianza Editorial, 2017, pp. 8-9.

⁵ CANOVAN, M. «Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy». *Political Studies*, vol. 47 N.º 1, 1999, pp. 2-16, que lo entiende como «una forma patológica» de política.

y postdemocrática», producida por la corrupción de los ideales democráticos⁶. Por tal razón, desde principios del decenio de los noventa, el populismo se ha convertido en una característica habitual de la política en las democracias occidentales; y, si bien se utiliza principalmente por partidos externos o rivales, los políticos de la corriente principal, tanto en el gobierno como en la oposición, también lo emplean para tratar de contrarrestar los intereses de los populistas⁷.

Se ha generado, pues, un mundo que se divide entre populistas y no populistas; y ese debate ha invadido a los medios de comunicación en particular y al lenguaje en general, razón por la cual pierde el valor que podría contener y se convierte en una de las polaridades de la sociedad dividida: «[...] ya no es posible que alguien opine sobre cualquier tema sin que intenten clasificarlo en uno de esos dos polos, a veces para desacreditarlo injustamente o para enaltecerlo en exceso»⁸. Desde luego, es preocupante que el populismo se teja no solo en torno al miedo colectivo, a la construcción de chivos expiatorios y a la amenaza de las catástrofes, sino que mediante él se pretenda satisfacer las demandas de quienes acuden a este herramienta para ejercer el control social y asegurar su preeminencia en el entorno social⁹.

B. Concepto. Tratar de precisar la noción y los alcances del asunto en estudio es «una empresa ardua»¹⁰. En cualquier caso, dice LACLAU –tras señalar las dificultades¹¹– no se puede perder de vista que «el populismo es, simplemente, un modo de construir lo político»¹²; y, por ende, es una

⁶ Véase MUDDÉ, C., «The Populist Zeitgeist», *Government and Opposition*, Vol. 39, N.º 4, 2004, p. 541. Este autor habla de un «Zeitgeist» (espíritu de la época) populista (p. 563). No obstante, para ROODUIJN, M., *A populist Zeitgeist? The impact of populism on parties, media and the public in Western Europe*, Oosterhout, Almanakker, 2013, p. 162, no existe un *Zeitgeist* populista si lo concebimos en el sentido común de los hegelianos, aunque sí si lo entendemos como una era que se caracteriza por un itinerante espectro populista (p. 162).

⁷ MUDDÉ, *op. cit.*, p. 551.

⁸ Cfr. PAPA FRANCISCO, *Fratelli Tutti*, 2020, parágrafo 156.

⁹ VALLESPÍN/MARTÍNEZ BASCUÑÁN, *Populismos* p. 21.

¹⁰ FERRANTE, M. L., «Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme», *Dirittifondamentali.it* – Fascicolo 1/2017, p. 1; una muy buena exposición sobre las diversas concepciones, en KAJSIU, «Una teoría socio-morfológica del populismo», pp. 210 y ss.

¹¹ Según VALLESPÍN/MARTÍNEZ BASCUÑÁN (*idem*, p. 269, se trata de «un concepto que se expande en exceso para dar cabida a un sinnúmero de formas o actitudes políticas», por eso «sirve también para el nacionalismo, el liberalismo, el socialismo y todos los ismos» (p. 28).

¹² LACLAU, E., *La razón populista*, trad. de Soledad Laclau, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 11; con ello, pretende «ontologizar» el populismo.

«lógica política»¹³, aunque la vaguedad y la imprecisión son componentes esenciales de cualquier operación populista¹⁴, cosa ratificada por ROSANVALLON cuando expresa que, así sea verdad que el término aparece por todo lado, la teoría del fenómeno no aparece por ninguno y «se enlazan en él un toque de evidencia intuitiva y una cierta imprecisión»¹⁵.

Ahora bien, si se mira la expresión desde una perspectiva lingüística no cabe duda en el sentido de que en idioma castellano ella es polisémica; incluso, en otras lenguas se dice que es indefinible¹⁶, máxime si la fluctuación semántica observada la convierte en una verdadera «palabra de goma» amén de que es un término «paradójico» por su connotación peyorativa y, en fin, porque es una locución «encubridora» que «pega una etiqueta única sobre todo un conjunto de mutaciones políticas contemporáneas cuya complejidad y resortes profundos deberíamos ser capaces de distinguir»¹⁷. A ello, añádase, que la expresión es también «dudosa» porque «a menudo solo sirve para estigmatizar al adversario o para legitimar, con un vocablo nuevo, la vieja pretensión de superioridad de los poderosos y los instruidos sobre las clases populares, juzgadas siempre como propensa a mutarse en una plebe guiada por funestas pasiones»¹⁸. No obstante, cuando se utiliza esa locución se alude a un componente antiliberal bien distante de los ideales propios de la moderna democracia. Según INCISA son populistas aquellas fórmulas políticas por las cuales «[...] el pueblo, considerado como conjunto social homogéneo y como depositario exclusivo de valores positivos, específicos y permanentes, es fuente principal de inspiración y objeto constante de referencias»¹⁹.

¹³ No obstante, para SALMORÁN VILLAR, M. de G. «Populismo: una ideología antidemocrática», *Teoría Política. Nuova Serie, Annali* N.º 7, 2017, p. 127, el concepto sí puede ser entendido como «una especie de ideología, es decir, como una visión del mundo político, reconducible a un determinado núcleo de ideas clave, adaptable a diversas épocas y lugares»; a su turno, ROSANVALLON (El siglo del populismo, p. 18), la califica como «la ideología ascendente del siglo XXI». Para KAJSIU, B. («Una teoría socio-morfológica del populismo: El caso del Uribismo, 2002-2010», *Análisis Político* N.º 90, 2017, pp. 209-225), es una construcción «sociomorfológica» (p. 210). Sobre este debate, yendo desde las posturas ontologistas (LACLAU), fenomenológicas (M. CANOVAN) e ideológicas (MUDDE), véase UNGUREANU, C./SERRANO, I., «El populismo como relato y la crisis de la democracia representativa», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* N.º 119, 2018, pp. 13-33.

¹⁴ LACLAU, pp. 150-151.

¹⁵ Véase, ROSANVALLON, *El siglo del populismo*, p. 13.

¹⁶ MUDDE, «The Populist Zeitgeist», p. 542 y ss.

¹⁷ ROSANVALLON, P. *El siglo del populismo*, p. 13.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ INCISA, L., «Populismo», en BOBBIO, N./MATTEUCCI, N./PASQUINO, G., *Diccionario de Política*, vol. 2, 10.ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1983, p. 1247;

Es más, según este mismo punto de partida –cuando se relaciona al populismo con las ideologías políticas contemporáneas– en los sistemas populistas «[...] resaltan siempre un liderazgo de tipo carismático y la formación de una élite de «iluminados», de intérpretes casi sagrados de la voluntad y del espíritu del pueblo»²⁰; incluso, téngase en cuenta, las fórmulas populistas «[...] resurgen cada vez que se asiste a una rápida movilización de vastos sectores sociales, a una politización intensiva fuera de los canales institucionales existentes»²¹. En fin, más allá del debate en torno a la naturaleza del instituto en examen, se dice que el populismo es «un proceso sociopolítico impregnado de una cultura de salvación de la emergencia y de la ausencia de restricciones en el ejercicio del poder» en virtud del cual «[...] un líder carismático asume la voluntad popular con la que se conecta de modo inmediato para redimir a todo un pueblo de una amenaza, una crisis, una opresión» y que tiene lugar cuando éste es «[...] capaz de ejercer el poder de una manera consecuente con las premisas que le permitieron adquirirlo»²².

En realidad, pues, son tres los enfoques tejidos en torno a la noción de populismo: una, que lo concibe como una forma particular de organización política (piénsese en algunos gobiernos latinoamericanos que se autocalifican como de «izquierda» o en movimientos políticos europeos de extrema derecha²³); otra, que lo entiende como un verdadero estilo político. Y, finalmente, otra que lo concibe como una ideología centrada en un delgado discurso, en el cual se aglutinan diversas ideas que confluyen –por ejemplo– en la forma maniquea de ver la democracia con un pueblo «bueno» y una élite «mala» o «conspiradora» (la gente «pura» y la élite «corrupta») ²⁴.

C. *Características*. Si se quiere formular un decálogo para caracterizar el fenómeno en estudio, se puede decir lo siguiente²⁵: En primer lugar, en

también MUDDE, «The Populist Zeitgeist», *op. cit.*, p. 543, aunque para él es una visión del mundo.

²⁰ INCISA, *op. cit.*, p. 1249; sin embargo, para KAJSIU, «Una teoría socio-morfológica del populismo», p. 214, el «carisma del líder» no es un elemento o rasgo esencial.

²¹ INCISA, *Ibidem*, p. 1252.

²² CORNELLI, R. «Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale», *Diritto Penale Contemporaneo*, N.º 4, 2019, p. 134.

²³ Aquí es válida la distinción que propone KAJSIU («Una teoría socio-morfológica del populismo», p. 214), entre *populismo* y *caudillismo*, sin que el primero tampoco se equipare al *clientelismo*.

²⁴ ROODUIJN, *A populist Zeitgeist?*, pp. 5 y ss., 23 y ss.

²⁵ VALLESPÍN/MARTÍNEZ BASCUÑÁN, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; también, UNGUREANU/SERRANO, «El populismo como relato y la crisis de la democracia representativa», pp. 19 y ss.

contra de expositores como MUDDE, el populismo no puede ser entendido como una determinada ideología política –aunque, recuérdese, son diversas las visiones sobre el asunto–, porque es una verdadera «*lógica de acción política*»²⁶; en segundo lugar, estos movimientos se corresponden con procesos de brusca transformación social (producto de los cambios sufridos por el capitalismo durante las últimas décadas) ante los cuales se reacciona invocando la necesidad de revertir la situación²⁷. También, en tercer lugar, esa reacción se manifiesta a través de una descripción del momento en el cual nos encontramos, perlada de tintes dramáticos; su estilo, dice VALLESPÍN/MARTÍNEZ BASCUÑÁN, «[...] se impregna de negatividad, de indignación y de un espíritu cuasi-trágico respecto del estado del país en cuestión, que clama por la restauración de un orden –de convivencia, cultural, político– que se entiende subvertido».

Además, en cuarto lugar, el populismo apela al «pueblo» que es su concepto central²⁸, pero el más difícil de precisar y de especificar; en quinto lugar, dicho sujeto político totalizador se edifica a través de la construcción de un antagonista que posibilite la polarización. De igual forma, en sexto lugar, como esta elaboración reniega de la visión pluralista de la sociedad propia de las construcciones demoliberales su punto de mira se dirige hacia la polarización de ella, por eso pone allí sus mayores esfuerzos. A ello añadase, en séptimo lugar, que –como apela al pueblo y señala a un enemigo (antagonista)– ello se envuelve en la emocionalidad que se traduce en rabia o furia, pero también en llamados a la esperanza y al entusiasmo que se deben depositar en los mensajeros populistas; como dice BORGES en su poema «Buenos Aires»: «No nos une el amor sino el espanto»²⁹.

Es más, en octavo lugar, todo lo anterior explica la razón por la cual el discurso utilizado es sencillo, simple, si se quiere «simplificador», y lo es «tanto respecto de la definición de pueblo como del supuesto enemigo de este, o en todo lo relativo a propuestas políticas específicas, que se ocultan

²⁶ La expresión la pone entre comillas VALLESPÍN/ MARTÍNEZ BASCUÑÁN, *idem*, p. 35; sobre ello, QUILTER, J., «Populism and criminal justice policy: an Australian case study of non-punitive responses to alcohol-related violence». Wollongong, Faculty of Law, Humanities and the Arts-Papers, University of Wollongong, 2015. <https://ro.uow.edu.au/lhapapers/1654>, p. 9.

²⁷ Así HAUSER, M., «El centro vacío del populismo actual: La constitución antonómica del líder populista», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* N.º 119, 2018, pp. 63-84.

²⁸ Véase, SALMORÁN VILLAR, pp. 129 y ss., para quien son posibles por lo menos cinco nociones de «pueblo»: pueblo-*demos*, pueblo-*plebe*, pueblo-*clase*, pueblo-*nación* y pueblo-*etnia*.

²⁹ BORGES, J. L., *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1974, p. 947.

detrás de una retórica apoyadas en eslóganes, no en *policies* concretas»³⁰; el lema a utilizar parece ser: respuestas fáciles para preguntas difíciles. Además, en noveno lugar, como se acude a las emociones del colectivo y el discurso se simplifica, sus promotores acuden a una «*guerra de representaciones*» con quienes les compiten; muy bien lo expresan los autores mencionados: «La búsqueda de la hegemonía en gran medida se concreta en esta lucha por ajustar las percepciones del público a los enmarques (*frames*) y las definiciones de la realidad que promueven»³¹.

En fin, en décimo lugar, todos los rasgos ya dichos evidencian que esta construcción no enfrenta al modelo demoliberal con la exhibición de un diseño alternativo de contornos claros y definidos, lo cual no impide que no se pueda dar cuenta de lo que ocurre una vez que los movimientos populistas acceden al poder, escenario en el cual el líder es el llamado a ocupar un lugar central y se deben dismantelar los poderes intermedios.

D. Causas. Tampoco existe acuerdo doctrinario sobre las razones que originan este fenómeno y se formulan plurales enfoques: se habla del gran resentimiento cultural hacia las élites, como producto de los agravios ocasionados, lo cual alimenta esa reivindicación popular³². También, de la creciente corrupción y los abismos entre las élites o clases dirigentes y el pueblo, como otras causas; y se señala una variedad de acontecimientos amplios que han alterado las sociedades y la política en las democracias occidentales, y a menudo más allá, que también tienen un efecto en el destino del populismo: con la evolución hacia una sociedad postindustrial muchos votantes se sienten atraídos por esa tendencia; de igual forma, aumenta la importancia de las divisiones y, por consiguiente, se crea un espacio para nuevos partidos menos ideológicos. También, la democracia pierde a su archienemigo, con el que siempre se la comparó favorablemente, y las «verdaderas democracias existentes» se comparan –cada vez más desfavorablemente– con los modelos teóricos; y, añádase, la globalización, ya sea real o percibida, que se presenta como una grave limitación del poder de las elites nacionales³³.

Naturalmente, parece más certera la postura según la cual el asunto tiene un origen multicausal que toca con factores socio-económicos (la globalización y la complejidad), culturales y psicosociales (el resentimiento: clave de la cartografía emocional), políticos (la democracia liberal en

³⁰ VALLESPÍN/MARTÍNEZ BASCUÑÁN, *op. cit.*, p. 36.

³¹ *Idem.*

³² Por ejemplo, FASSIN, E., *Populismo de izquierdas y neoliberalismo*, trad. de Victor Goldstein y Joana Masó, Barcelona, Herder, 2018.

³³ MUDDE, *op. cit.*, p. 563.

crisis); y, en fin, que es producto de nuevas formas de comunicación en el marco de una profunda reestructuración del espacio público³⁴. Como es obvio, esas causas tampoco son uniformes y dependen del contexto en el cual aparezca el fenómeno; por eso, no es lo mismo hablar del populismo en España, Suiza y Francia que hacerlo en Argentina, Bolivia o Venezuela, porque en cada país, momento y lugar, el asunto se manifiesta de forma diversa y en contextos no asimilables.

E. *El Zeitgeist populista.* Una vez precisado a grandes rasgos el fenómeno objeto de estudio, debe concluirse este apartado para señalar que tienen razón quienes muestran como las organizaciones políticas contemporáneas atraviesan un *Zeitgeist* populista; sin embargo, todo lo indica así, ello no es para siempre porque el asunto también es episódico. En efecto, cuando los grupos externos explícitamente populistas adquieren protagonismo, algunas partes del *establishment* reaccionan con una estrategia combinada de exclusión e inclusión; y, al tiempo que tratan de separar al actor o actores populistas del poder político, incluyen temas y retórica populistas para tratar de luchar contra el desafío³⁵. Pero esta época tenderá a disiparse tan pronto los movimientos actuales lleguen a la cima. No obstante, esta visión que parece muy europea no necesariamente es la que puede adoptarse desde la perspectiva de países de la periferia, donde los estragos causados por estos movimientos populistas parecen enormes y ponen hoy a tambalear el entramado institucional casi hasta hacerlo naufragar, más allá del debate entre populismos de izquierda y de derecha que parece superado para dar lugar a un fenómeno que amenaza de manera profunda a la democracia liberal³⁶.

III. EL POPULISMO PUNITIVO

A. *La gestación del fenómeno.* Sobre esta problemática empezaron a teorizar los criminólogos ingleses³⁷ a finales de los años noventa del siglo

³⁴ VALLESPÍN/ MARTÍNEZ BASCUÑÁN, *idem*, pp. 65 y ss.

³⁵ MUDDE, p. 551.

³⁶ Véase, GRATIUS, S./RIVERO, Á, «Más allá de la izquierda y la derecha: populismo en Europa y América Latina», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* N.º 119, 2018, pp. 35-61.

³⁷ BOTTOMS, A. E. (1995). «The philosophy and politics of punishment and sentencing». C. Clarkson/R. Morgan (Eds.), *The politics of sentencing reform* (pp. 17-50), New York, Oxford University Press, 1995.

pasado cuyas construcciones se extendieron, rápidamente, a otros lares³⁸ como Australia³⁹, Nueva Zelanda⁴⁰ y Canadá⁴¹, retroalimentadas, a su vez, con las elaboraciones norteamericanas edificadas sobre el escandaloso incremento del encarcelamiento masivo en dicho país y sus retardatarias políticas criminales⁴²; el debate, por supuesto, se ha expandido ya a lo largo y ancho del planeta en los albores del nuevo siglo. La discusión teórica sobre el asunto es vasta y densa porque son diversos los enfoques y, además, son distintas sus evoluciones; de allí que no exista plena claridad y unanimidad en torno a los alcances de esta corriente cuyos desarrollos continuarán durante los próximos años⁴³.

No obstante, parece claro que en este lapso se ha abandonado el viejo modelo de resocialización propio de los años sesenta del siglo pasado y ha aparecido otro basado en la incapacitación del delincuente (una verdadera «cultura del control»⁴⁴ y una «gobernanza a través del delito»⁴⁵ que, no obstante, no se manifiestan de forma igual en todas las sociedades porque se ajusta a algunas mejor que a otras⁴⁶) y que tiene unas características muy precisas: la crisis del ideal propio de la resocialización; el resurgimiento de sanciones punitivas degradantes; el aumento del clima punitivo entre la población; el retorno a la víctima –se habla, incluso, de un nuevo tipo de

³⁸ WOOD, W. R. «Punitive Populism», J. Mitchell Miller (ed.): *The Encyclopedia of Theoretical Criminology*, vol. II, 1.^a ed., Malden-Oxford-Chichester, Wiley-Blackwell Publishing Ltd., 2014, p. 678.

³⁹ Cfr. QUILTER, «Populism and criminal justice policy», pp. 1-30.

⁴⁰ PRATT, J. *Penal populism*, London, Routledge, 2007 (e-Book).

⁴¹ Véase, DUMONT, H. «Chronique canadienne: Une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, N.º 1, 2011, pp. 239-252.

⁴² Véase PRATT, J./MIAO, M., «Populismo penal: El fin de la razón», *Nova Criminis: Visiones Criminológicas de la Justicia Penal* N.º 13, 2017, pp. 33-70 (44); LACEY, N., *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in contemporary Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 27 y ss.

⁴³ Sobre ello, SOZZO, M., «Populismo penal. Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto», *Nova Criminis* Vol. 9, N.º 14, 2017, pp. 81 y ss.

⁴⁴ GARLAND, D., *La Cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 51; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *Anuario de Filosofía del Derecho* N.º 22, 2005, pp. 14-52; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, Edisofer-BdeF, 2011, pp. 11 y ss.

⁴⁵ SIMON, J. *Gobernar a través del delito*, Trad. de Victoria de los Ángeles Boschioli, Barcelona, Editorial Gedisa, 2011, pp. 14-15.

⁴⁶ LACEY, *The prisoners' Dilemma*, p. 8; según él, la «cultura del control» es «un producto de la dinámica de las economías de mercado liberales» (p. 110).

«victimismo»⁴⁷; el privilegiamiento de la protección pública; la politización y uso electoral de las problemáticas propias del sistema penal y del delito; la prisión como medio para obtener la incapacitación de los delinquentes; la transformación del pensamiento criminológico; o la delegación de las tareas de control del delito, ante el fracaso del Estado.

A ello, añádase: la privatización y comercialización de esas tareas de control; la introducción de criterios empresariales para manejar los fenómenos criminales, en virtud de los cuales se produce una gestión eficiente de riesgos y recursos que da cabida a un sistema que es crecientemente selectivo en sus respuestas frente al delito; y, en fin, el sentimiento permanente de crisis⁴⁸. Un modelo que surge en un determinado contexto histórico, social y económico que se caracteriza por el auge del neoliberalismo económico, el neoconservadurismo político, un marcado sentimiento de inseguridad y el aumento del número de delitos; en otras palabras, se trata de una nueva fase del capitalismo hegemónica por el sistema financiero y cuyos efectos se aceleran gracias a ciclos económicos recesivos⁴⁹.

Ahora bien, se debe precisar si esa construcción en general está o no ligada con las manifestaciones punitivas que llevan el mismo nombre; o sea, se debe preguntar, si lo que se conoce como «populismo punitivo» se asocia –en forma directa– con el movimiento populista como expresión política en diversos momentos y sociedades? Al respecto debe decirse que la construcción de esos discursos no va siempre aparejada con apologías, que proclaman el aumento de la punitividad⁵⁰; en efecto, un régimen político puede ser autoritario o democrático y no utilizar el mecanismo en estudio o, por el contrario, tanto es pensable que lo emplee una u otra orientación política⁵¹. En otras palabras: la utilización populista del derecho penal se

⁴⁷ Cfr. PRATT/MIAO, «Populismo penal: El fin de la razón», p. 55.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 39 y ss.; véase LARRAURI, E., «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», *Jueces para la Democracia* N.º 55, 2006, pp. 15 y ss.

⁴⁹ Cfr. ANTÓN-MELLÓN, J./ANTÓN CARBONELL, E., «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)», *Revista Internacional de Pensamiento Político* 1.ª Época, vol. 12, 2017, pp. 133 y ss. Para dichos analistas, las causas de la expansión del populismo punitivo son básicamente dos: las políticas económicas neoliberales y la expansión del neoconservadurismo político (LARRAURI, «Populismo punitivo...», p. 16; MIRANDA ESTRAMPES, M. «El populismo penal (Análisis crítico del modelo penal securitario)», *Jueces para la Democracia* N.º 58, 2007, pp. 48-52).

⁵⁰ SOZZO, «Populismo penal», pp. 104-105, con diversos ejemplos latinoamericanos.

⁵¹ Cfr. PRATT, *Penal populism*, p. 20, con cita de diversos antecedentes; PRATT, J. «When Penal Populism Stops: Legitimacy, Scandal and the Power to Punish in New Zealand», *The Australian and New Zealand Journal of Criminology* vol. 41, N.º 3, 2008, pp. 364-383; QUILTER, «Populism and criminal justice policy», p. 7; y KAJSIU («Una teoría socio-morfológica del populismo», p. 213).

produce por parte de todos los actores políticos, con independencia de su ideología⁵²; pero –y son dos cosas bien distintas–, esta concepción responde a una orientación neo-autoritaria de corte antidemocrático⁵³ y que, dice FERRAJOLI, con ella se conjuga el populismo penal⁵⁴.

La idea de «populismo penal» es, desde sus comienzos, imprecisa; muy bien lo muestra M. SOZZO⁵⁵ al acudir a un trabajo de Anthony BOTTOMS⁵⁶ quien utilizó la expresión «Populism Punitiveness» como una tendencia dentro de las transformaciones inglesas de la política penal que, literalmente, equivale a «punitividad populista», pero que en el contexto latinoamericano se tradujo como «populismo penal»; con ese punto de partida David GARLAND, hace alusión a una estrategia o lógica populista⁵⁷ y otro expositor, esta vez desde la perspectiva francesa, como Denis SALAS, por la misma época, lo llama «populismo penal»⁵⁸. Otros desarrollos se ven en los trabajos de Julian ROBERTS y sus investigadores asociados⁵⁹ y del profesor neozelandés John PRATT⁶⁰.

B. El concepto. Son plurales los intentos de definir y caracterizar este asunto: por ejemplo, desde una perspectiva antropológica se dice que el populismo «es un mito que pretende resolver los problemas por la sola magia del discurso y sus representaciones», razón por la cual «[...] no debe resultar extraño que constituya una dinámica política que tiende a promover un acercamiento simbólico entre el poder estatal y la sociedad

⁵² MIRANDA ESTRAMPES, «El populismo penal», p. 43; también: CIGÜELA, J. («Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *RECPC* 22-12 (2020), <http://criminol.ugr.es/recpc/22/recpc22-12.pdf>) y PRATT/MIAO, «Populismo penal: El fin de la razón», p. 50.

⁵³ MIRANDA ESTRAMPES, *idem*, p. 44 que, no obstante, la llama «ideología».

⁵⁴ FERRAJOLI, «El populismo penal», p. 76.

⁵⁵ Cfr. GÓMEZ, A./PROAÑO, F., «Entrevista a Máximo Sozzo: ¿Qué es populismo penal?». *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N.º 11, 2012, pp. 117 y ss.; SOZZO, «Populismo penal», pp. 79-129; WOOD, «Punitive Populism», p. 681.

⁵⁶ BOTTOMS, «The philosophy and politics of punishment and sentencing», pp. 17-50.

⁵⁷ GARLAND, *La Cultura del control*, pp. 48-50, 222 y ss.

⁵⁸ SALAS, D. *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*. Paris, Hachette Littératures, 2005.

⁵⁹ ROBERTS, J. V./STALANS, L. J./INDERMAUR, D./HOUGH, M., *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from five Countries*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 3 y ss. (4).

⁶⁰ Cfr. J. PRATT, *Penal populism*, pp. 12 y ss., con diversos antecedentes; PRATT, J. «When Penal Populism Stops: Legitimacy, Scandal and the Power to Punish in New Zealand», *The Australian and New Zealand Journal of Criminology* vol. 41, N.º 3, 2008, pp. 364-383.

para abatir el crimen y la violencia»⁶¹; incluso, no faltan tentativas encaminadas a entenderlo solo desde su vertiente política –la utilización de la penalidad como herramienta electoralista–, sino también la cultural⁶².

Y, en medio del eficientismo hoy creciente, un teórico de los alcances de MOCCIA, asevera que el derecho penal ha dejado de ser subsidiario para convertirse en *prima ratio* de la política social, «una especie de panacea ilusoria con la cual se quiere afrontar y resolver los más diversos problemas sociales», todo lo cual permite convertir al derecho penal no solo en un instrumento represivo sino simbólico⁶³. Con razón, entonces, FERRAJOLI, lo describe como una «[...] política en materia de seguridad, dirigida a obtener consenso secundando el miedo y la demanda de medidas represivas con un uso coyuntural y demagógico del derecho penal»⁶⁴.

Así las cosas, SOZZO señala que el asunto toca con la forma como algunos políticos politizan la cuestión criminal y la convierten en una herramienta de su trabajo electoral⁶⁵. A su turno, para PRATT esta elaboración habla de la forma en que se cree que se ha favorecido a los delincuentes y los prisioneros a expensas de las víctimas de delitos en particular y del público respetuoso de la ley en general, por lo cual se alimenta de expresiones de ira, desencanto y desilusión con el sistema de justicia penal⁶⁶; esto, luego de advertir, que la noción se suele usar como «una etiqueta que se pone a los dirigentes que idean políticas penales punitivas que parecen ser de alguna manera «populares» con el público en general»⁶⁷. Incluso, desde otra óptica, Richard SPARKS, señala que el populismo penal se traduce en

⁶¹ ARTEAGA BOTELLO, N. «Administrar la violencia: Racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México», *Espiral. Teoría y Debate*, Vol. VIII, N.º 24, 2002, p. 45; MIRANDA ESTRAMPES, «El populismo», p. 43.

⁶² CIGÜELA, J., «Populismo penal y justicia paralela», pp. 1 y ss., 34-35; según este autor (que se apoya, entre otros, en PRATT, J. *Penal populism*, pp. 3 y ss.; y URBINATI, «Political Theory of Populism», pp. 111 y ss.), el populismo penal es ya una forma consolidada y extendida de hacer política-criminal pero también de moldear la cultura de una sociedad, que enraíza en determinadas corrientes sociales de fondo presentes en las democracias en la era de la digitalización (p. 3).

⁶³ MOCCIA, S. «Seguridad y sistema penal», M. Cancio Meliá/Gómez Jara: *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, Edisofer-B de F, 2006, p. 305 (299).

⁶⁴ FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 67.

⁶⁵ Cfr. GÓMEZ/PROAÑO, «Entrevista a Máximo Sozzo», p. 119.

⁶⁶ Cfr. PRATT, J. *Penal populism*, p. 12.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 8. No obstante, MATTHEWS, R., «The myth of punitiveness», *Theoretical Criminology*, N.º 9, 2005, pp. 175-201 (178), advierte que el asunto ha sido objeto de poco estudio.

«sentimientos e intuiciones»⁶⁸, aunque su estudio ha sido objeto de poca consideración⁶⁹; en cualquier caso, pues, se trata de un fenómeno que debe ser combatido y resistido⁷⁰, máxime si como afirma Nadia URBINATI «es una forma de acción colectiva con el objetivo de tomar el poder»⁷¹.

Precisado lo anterior, son tres los elementos configuradores del concepto: en primer lugar, proclamar que lo dicho, propuesto y hecho en materia penal es lo querido, pensado y sentido por la gente; en segundo lugar, antagonizar con el establecimiento poderoso e influyente, integrado por expertos, actores y operadores profesionales en el campo penal, para mostrar que sus elaboraciones no están en contacto con las perspectivas y necesidades del hombre común, que deben ser rescatadas. Y, en tercer lugar, buscar construir consenso político y electoral a través de lo que se dice, propone y hace en el ámbito penal⁷². Esto, sin olvidar las palabras de WACQUANT cuando describe el panorama observable al momento publicar su investigación y que hoy, en países como Colombia, se percibe con toda claridad, cuando pone de presente el discurso alarmista o catastrófico que acompaña estas prédicas⁷³.

Como es obvio, lo vivido a lo largo de las últimas décadas es un asunto que no puede pasar desapercibido porque –a la luz de las corrientes neoliberales, que se manifiestan en todos los ámbitos y no solo en el plano económico–, el derecho penal y la criminalidad se han tornado en una verdadera mercancía con la cual actores inescrupulosos hacen su negocio y obtienen réditos políticos, económicos y de otra índole»⁷⁴. Razón de más para decir que el derecho penal se volvió «un arma política»⁷⁵ con la cual los dirigentes se relegitiman, pero con la que también se liberan de sus responsabilidades y las trasladan a otros actores como, por ejemplo, los jueces y los fiscales –que, no se olvide, del mismo modo realizan estas prácticas como cuando dan rienda suelta al carcerismo y al encarcelamiento

⁶⁸ Cfr. SPARKS, R., «“Bringin’ it All Back Home”: Populism, Media Coverage and the Dynamics of Locality and Globality in the Politics of Crime Control», en Kevin Stenson; Robert R. Sullivan (eds.): *Crime, Risk and Justice: The Politics of Crime Control in Liberal Democracies*, Cullompton, Willan Publishing, 2000, pp. 194-213.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁰ LARRAURI, «Populismo punitivo...», pp. 15 y ss.

⁷¹ URBINATI, «Political Theory of Populism», p. 112.

⁷² Así SOZZO, «Populismo penal», pp. 102-103.

⁷³ WACQUANT, *Castigar a los Pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 30.

⁷⁴ ALBRECHT, P. A. «El Derecho penal en la intervención de la política populista», *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 480.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 472; en igual sentido, GARLAND, *La cultura del control*, p. 49.

masivo⁷⁶; es, dice MIRANDA ESTRAMPES, «[...] la coartada ideal para no asumir sus responsabilidades frente a la sociedad, y hacen descansar de esta forma en el poder judicial, esto es, en los jueces, toda la culpabilidad del fracaso del sistema»⁷⁷.

Y ello, adviértase, se traduce en una manifiesta desconfianza de los ciudadanos enfrente a sus jueces y, lo que es más grave, ante las mismas instituciones democráticas; y esto, dirá el recordado jurista hispano, en palabras premonitorias sobre el coctel explosivo que se incubaba: «La utilización de estas políticas populistas actuará a la larga como una auténtica *bomba de relojería*, que puede acabar cuestionando los pilares sobre los que se asienta el Estado Social y Democrático de Derecho, si es que no lo está haciendo ya»⁷⁸.

C. *Las clases*. Este fenómeno se divide de dos maneras: el populismo *legislativo* y el populismo *judicial*, con la advertencia de que este último presenta a su vez dos variantes, esto es, el *de investigación* y el *jurisdiccional*⁷⁹. Para hablar de la primera manifestación, debe decirse que cuando el legislador atiende las necesidades del conglomerado –reales o construidas– busca obtener réditos de tipo electoral satisfaciendo las demandas de seguridad de la opinión pública; esta construcción ha adquirido, sin embargo, grandes proporciones durante las últimas décadas gracias al uso de encuestas de opinión mediante las cuales la clase política puede percibir, en tiempo real, las demandas del electorado. Así las cosas, las reformas penales terminan ligadas indefectiblemente a la ola emocional desatada por las situaciones y los sucesos que destacan a diario los medios de comunicación social⁸⁰, lo cual fuerza a la realización de las transformaciones legislativas⁸¹.

⁷⁶ Ligado, dirá DE GIORGI (*El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2006), a «una mutación de la política represiva y de las estrategias de control» (p. 126).

⁷⁷ MIRANDA ESTRAMPES, «El populismo penal», p. 47.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 47-48. Dicho de otra manera: estas prácticas tienen un efecto perverso: «[...] desgastar profundamente el tejido social sobre el cual se funda el Estado de Derecho y la democracia y, por ello, en última instancia, de reducir los principales anticuperpos para el desarrollo de la delincuencia misma» (FERRAJOLI, L. «El populismo penal», p. 70; también, LONDOÑO BERRÍO, H. L., *Sistemas Punitivos y Derechos Humanos* Bogotá, Universidad de Antioquia-Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2016, pp. pp. 350 y ss., 386 y ss.

⁷⁹ FERRANTE, «El peligro del populismo penal», p. 3.

⁸⁰ Cfr. FUENTES OSORIO, J. L. «Los medios de comunicación y el Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 07-16), 2005, pp. 1-41. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>; igual, PRATT/MIAO «Populismo Penal: El fin de la razón», p. 57.

⁸¹ *Idem*; también PULITANÒ, D. «Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013,

Por ello, el aumento de las sanciones se torna en una herramienta para calmar a la opinión pública y, de paso, ganar adeptos para los colectivos políticos a los cuales se afilian los legisladores, máxime si las investigaciones empíricas demuestran que el castigo público incide en la tasa de encarcelamiento y que, además, los procesos de retroalimentación en la política democrática, entre las tasas de delincuencia, la opinión pública y las políticas públicas, pueden explicar el crecimiento del populismo⁸²; un buen ejemplo, es el de la cadena perpetua para ciertos crímenes que sirve de *leit motiv* a esta reflexión, con el cual se destrozan principios tan relevantes desde la perspectiva de un derecho penal mínimo, de garantías, como los de protección de bienes jurídicos, culpabilidad, teleología de la sanción penal y proporcionalidad, entre otros. Igual sucede cuando se trata de reprimir ciertas manifestaciones de criminalidad organizada, contra la seguridad pública o el orden económico social.

En cuanto hace referencia a la vertiente *judicial*, debe decirse que la actividad investigativa de órganos como la fiscalía (que en México se le llama procuraduría), muestra un asunto bastante llamativo, vinculado a la presencia de los medios de comunicación social que, a su vez, ejercen una especie de populismo mediático; por ello, es frecuente la proliferación de retransmisiones televisivas y de videos a través de las redes sociales en las cuales se denuncian aspectos patológicos de la política o se analizan casos judiciales importantes como los asesinatos, las violaciones, la incautación de alijos de droga, etc. que empujan –de una u otra forma– a la opinión pública a valorar la actividad de los fiscales⁸³.

Y ello genera situaciones muy preocupantes: los medios de comunicación social se erigen en acusadores y siembran en la opinión pública la idea de que los acusados son responsables lo que, a su vez, supone una presión para los fiscales que deben actuar en consecuencia, con lo cual se tiran por la borda los principios de presunción de inocencia y de carga de la prueba; es más, se potencian relaciones en extremo dañinas entre investigadores, acusadores, abogados interesados y los periodistas, de tal manera que –en uso de la máxima romana *do ut des*, ya incluida en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano del siglo VI– mientras los unos aportan información confidencial –y casi siempre reservada– los otros retribuyen con pronunciamientos acusatorios (también pueden ser absolutorios, según los intereses de turno). Los periodistas, pues, desplazan a los fiscales de sus competencias y se tornan en verdaderos acusadores mediáticos. Y

p. 125 ss.

⁸² Para la Gran Bretaña y Estados Unidos, véase JENNINGS/FARRALL/GRAY/HAY, «Penal Populism and the Public Thermostat», pp. 463, 478.

⁸³ FERRANTE, *op. cit.*, p. 18.

esto trae otros colofones: muchos de esos personajes lanzados al estrellato terminan, con el paso del tiempo, convirtiéndose en políticos que se echan al ruedo escudados en la popularidad así obtenida⁸⁴.

Así mismo, para referirse a la vertiente *jurisdiccional* del populismo punitivo o penal debe decirse que aquí se produce un efecto preocupante porque los jueces y magistrados también realizan populismo punitivo, razón por la cual ellos –como personas encargadas de decidir el futuro de los imputados– se suelen revestir de un rebuscado moralismo judicial que los muestra como seres impolutos⁸⁵. En verdad, se trata de una práctica perniciosa que puede violar de manera inaceptable los principios constitucionales que subyacen al sistema penal⁸⁶ y que, añádase, favorece un enfoque sustantivo represivo poco atento a las cuestiones jurídicas y muy insensible a las necesidades de las garantías individuales⁸⁷.

Entre las causas de esta específica forma de populismo punitivo, se señalan las siguientes: a) el contexto político general; b) las actitudes de la opinión pública junto con las orientaciones del sistema mediático; c) la cantidad y calidad de los fenómenos delictivos a los que se debe enfrentar; d) las ideologías del poder judicial, las culturas de roles relacionadas y el grado de eficacia del control disciplinario; y, en fin, e) la cultura jurídico-constitucional del ciudadano medio⁸⁸. Así las cosas, la emisión de condenas pedidas por los medios de comunicación en relación con personas ya inculpadas por la opinión pública, es un plato servido para jueces y magistrados populistas; así mismo, cuando actúan para crear nuevas figuras punibles con las cuales llenan los vacíos dejados por los legisladores en atención a pretextadas razones de política criminal (piénsese en la utilización perversa de la jurisprudencia penal como instrumento para ello⁸⁹), o se pronuncian –así los tribunales constitucionales– en relación con acciones de inconstitucionalidad con las cuales (casi siempre desbordando sus funciones) legislan a sus anchas y no en un sentido negativo como –se supone– deben hacerlo.

En fin, debe quedar claro, hablar de populismo punitivo no es hacer referencia a todo tipo de injerencia de los actores políticos en el derecho penal y en la cuestión criminal, sino que se alude a un concepto mucho

⁸⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁵ Así, FIANDACA, G. «Populismo politico e populismo giudiziario», *Criminalia. Annuario di scienze penali*, 2013, pp. 105.

⁸⁶ FERRANTE, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁷ FIANDACA, «Populismo politico e populismo giudiziario», p. 111.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁸⁹ Cfr. PULITANÒ, D. «Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale», p. 137.

más limitado para no caer en lo que la doctrina italiana llama un *panpopulismo*, esto es, la idea de que todo lo que sucede en el ámbito criminal se puede explicar mediante el uso de un concepto demasiado vago⁹⁰. De todas maneras, también parece evidente que el imperio del populismo punitivo no ha llegado todavía a su fin y, como dicen PRATT/MIAO, parece solo ser «una fase de incubación conveniente en la cual las fuerzas populistas se encontraron con vigor y fuerza antes de fluir mucho más profundamente hacia la sociedad convencional a partir de esa gestación»⁹¹.

IV. LA LÓGICA POPULISTA Y LA NUEVA PRISIÓN PERPETUA REVISABLE

A. Ubicación. Todo lo dicho hasta aquí cobra importancia cuando se piensa en el ejemplo concreto que sirve como punto de partida para la presente exploración académica. Se hace referencia a la introducción de la pena de prisión perpetua revisable en Colombia mediante el Acto Legislativo 01 de 2020, por medio del cual se modificó la Constitución para consignar esta sanción cruel, inhumana y degradante en relación con los delitos de homicidio y violencia sexual contra menores⁹², reforma que fue declarada inexecutable (Sent. C-294/2021); algo que ya se había hecho en España (Ley Orgánica 1 de 30 de marzo de 2015)⁹³.

Como es obvio, no es esta la única modalidad de prisión perpetua existente en el ordenamiento nacional; en efecto, la legislación penal prevé penas de hasta sesenta años de prisión para diversos delitos graves que solo se pueden imponer a mayores de 18 años lo cual supone, con toda claridad, que en esos casos la sanción también es perpetua y pugna con los estándares internacionales, porque el sistema punitivo diseñado solo piensa en las penas privativas de libertad de larga duración, como si todavía se viviese en los siglos XVIII y XIX cuando esta sanción tuvo su máximo

⁹⁰ CORNELLI, R. «Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale», *Diritto Penale Contemporaneo*, N.º 4, 2019, pp. 139-140.

⁹¹ Cfr. PRATT/MIAO, «Populismo penal: El fin de la razón», p. 37.

⁹² Cfr. DÍAZ CORTÉS, L. M. (2009). «Reflexiones sobre la propuesta de reforma constitucional en Colombia para la introducción de la cadena perpetua: Respuesta al «sexual predator» en delitos contra menores», *Derecho Penal y Criminología* N.º 88, 135-164; CÁCERES GONZÁLEZ, E. «Prisión perpetua en Colombia. Análisis de las iniciativas legislativas para su autorización, y de los argumentos “rationales” para su incorporación en el ordenamiento colombiano». *Revista Nuevo Foro Penal* No. 93, 2019, pp. 111-163; MUÑOZ TEJADA, J. A. «Populismo punitivo y una «verdad» construida», *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 72, 2009, pp. 26 y ss.

⁹³ Cfr. la magnífica exposición de CASALS FERNÁNDEZ, A. (2019), *La prisión permanente revisable*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 33 y ss.

florecimiento en el derecho europeo de la mano del terror punitivo, las sanciones draconianas y del más crudo anquilosamiento⁹⁴. Es más, pese a la prohibición legal de imponer penas por encima de esos montos existen casos en los cuales ellos se sobrepasan hasta llegar a los 90 (tráfico de menores) o 118 años (lavado de activos). Incluso, para hablar de otra forma de prisión que en teoría podía llegar a ser perpetua, la Constitución fue reformada para incorporar al ordenamiento el pacto de Roma que, como se sabe, prevé esa sanción pero ella es revisable y en ningún caso –dados los formalismos que la rodean– excede de los treinta años⁹⁵.

De esta forma, se observa un punitivismo desenfrenado –lo cual no significa, sin embargo, que el régimen político pueda ser calificado como de populista– que es utilizado por los legisladores y la clase política para acallar las demandas del colectivo social sobre todo cuando se comete un crimen grave que, como siempre, se vuelve noticia de primera plana en los medios de comunicación, que empujados por los intereses de los detentadores de poder claman por la «huida al derecho penal» y lo convierten en un sanalato social, como si él fuera la herramienta llamada a componer los conflictos de todo orden que se presentan al interior del colectivo social.

Con razón, pues, la doctrina más calificada habla de una «deriva neopunitivista» para referirse a esos nuevos «salvadores» que acuden al derecho penal para castigar a los delincuentes que violan los derechos humanos a quienes, de paso, se les pisotean esos derechos⁹⁶. Y ello, añádase, se pretende apuntalar en los programas penales de las constituciones, en los derechos de las víctimas –que invadieron también el derecho procesal penal– y en la creencia de que «el poder penal sólo se ejerce por medio de la incriminación y el castigo»⁹⁷; en síntesis: «[...] una visión inhumana del derecho penal según la cual todos los casos deben ser esclarecidos y siempre los culpables deben ser condenados»⁹⁸. Todo ello, añádase, se enmarca

⁹⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, 4.^a ed., Bogotá, Editorial Tirant lo Blanch, 2021, p. 673; CITA TRIANA, R. A./GONZÁLEZ AMADO, I., *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, pp. 20 y ss., 241 y ss.

⁹⁵ Sobre ello, AMBOS, K., *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht. Rechtshilfe*, 5.^a ed., München, C. H. Beck, 2018, p. 320; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., «La determinación de la pena en el estatuto de la Corte Penal Internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, núm. 14, 2004, p. 201.

⁹⁶ PASTOR, D., «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», *Nueva Doctrina Penal*, Separata, 2005/A, p. 92.

⁹⁷ *Idem*, pp. 92 y ss., 99.

⁹⁸ *Idem*, p. 99.

en un escenario en el cual –si bien no se puede hablar de un sistema político propiamente populista– sí se percibe la utilización muy marcada de las diversas formas de populismo punitivo, para el caso el legal, por parte de legisladores y gobernantes, quienes gobiernan a través del delito⁹⁹.

En fin, un modelo político que de «república» no tiene sino el nombre¹⁰⁰ y cuyas clases dirigentes –dice el gran escritor y ensayista William OSPINA– «[...] terminan no administrando sino mandando, no escuchando sino reprimiendo»¹⁰¹. Pero eso no es todo, ese populismo punitivo –en el marco de los recientes cambios del poder mundial– genera demandas de mayor represión manipuladas por los monopolios mediáticos¹⁰².

B. La prisión perpetua revisable como ejemplo. Desde luego, la existencia de semejante forma de reacción punitiva en las legislaciones no es nueva dado que, desde hace mucho, suelen acudir a ella los legisladores para reprimir ciertas formas de delincuencia y hacer gala de su neopunitivismo. Obvio es decirlo, este tipo de sanciones se remonta a las civilizaciones más antiguas y han acompañado al género humano a través de toda la historia¹⁰³.

Ahora bien, lo que sí es nuevo es la forma como en las legislaciones actuales –y la colombiana es un muy buen ejemplo– se ha vuelto a introducir de la mano de un exasperante populismo punitivo que pretende resolver, mediante el derecho penal, problemas sociales mucho más graves; es más, en medio de esas prácticas –como sucede en otros países, por ejemplo en España– se suele acudir al argumento del «derecho comparado» como estrategia para introducir ese tipo de reacciones penales¹⁰⁴. Por supuesto,

⁹⁹ GÓMEZ JARAMILLO, A. «Populismo, obediencia y divergencia», *Utopía y Praxis Latinoamericana* vol. 23, Supl.1, 2018, p. 10.

¹⁰⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. «Entre el Populismo y la democracia», *El Colombiano*, seis de diciembre de 2020, p. 27.

¹⁰¹ OSPINA, W. «Ya viene el otro», *Elespectador.com*, cinco de diciembre de 2020. <https://www.elespectador.com/opinion/ya-viene-el-otro/>

¹⁰² ZAFFARONI, E. R./DIAS DOS SANTOS, I. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, Bogotá, Ibáñez, 2019, p. 126, prefieren hablar de un «populacherismo punitivista».

¹⁰³ En el derecho romano existían los trabajos forzados que podían ser indefinidos; es más, las Partidas españolas también la regulaban (Partida VII, Ley IV, Título XXXI). Sobre ello, BARCELÓ FERRÉ, I., «La pena de trabajos forzados en los Códigos penales decimonónicos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 9, 2018, p. 548.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, CÁMARA ARROYO, S., «Cadena perpetua en España: La falacia de su justificación en el Derecho comparado y estado actual de la cuestión (proposiciones no de Ley)», *Derecho y Cambio Social* N.º 57, 2019, pp. 335-367. En el caso colombiano, un argumento socorrido para introducir la «prisión perpetua revisable» en la Constitución fue, justamente «el derecho comparado».

cuando se habla hoy de cadena o prisión perpetua son tres los modelos a seguir: en primer lugar, la pena perpetua propiamente dicha; en segundo lugar, la pena de prisión de elevada duración y por tanto equivalente en sus efectos y su problemática a la perpetuidad; y, en tercer lugar, la permanente o perpetua fija, pero con posibilidad de revisión, que es el modelo más utilizado hoy¹⁰⁵, como sucede en Alemania, Austria, Francia, Italia, España¹⁰⁶, Bélgica, Grecia, Dinamarca, etc., con encarcelamientos que pueden fluctuar entre máximos de doce hasta treinta años, según la legislación respectiva y el delito y la situación de la cual se trate. No obstante, el segundo modelo también es utilizado por diversos códigos europeos; en otros países, como los Estados Unidos, se prevén penas de larga duración o indeterminadas.

Así las cosas, para aterrizar el asunto al derecho nacional debe decirse que la fracasada reforma introducida –que optaba por el tercer modelo– estaba plagada de yerros de técnica legislativa, incoherencias, suplantación de la Constitución, improvisación, demagogia y, por supuesto, sin unas directrices político-criminales claras, y fue implantada sobre bases populistas¹⁰⁷; otro tanto cabe decir de la reforma española ya objeto de un pronunciamiento de constitucionalidad¹⁰⁸ que, como dice nuestro homenajeado, supone que «El legislador ampara su decisión en una supuesta «demanda social», busca la legitimación a su exceso punitivo en la opinión pública, en bastantes casos mediáticamente condicionada en sus demandas a corto plazo, como si el apoyo de una supuesta coyuntural mayoría fuese suficiente para abordar una decisión de tal calado. Este argumento, reiterado en otras reformas, pretende escudarse en una presunta opinión pública, cuando lo cierto es que bastantes de las modificaciones del Código Penal solo responden a intereses políticos, a una política con minúscula, a una mala política»¹⁰⁹.

¹⁰⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V. *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 27.

¹⁰⁶ Para una crítica de la reforma, véanse todos los textos publicados en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. [Dirs.] & RODRÍGUEZ YAGUÉ, C. [Edit.], *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

¹⁰⁷ Esos graves desaciertos se observan también en la inconstitucional Ley 2098 de 2021, por medio de la cual se dijo reglamentar el artículo 34 constitucional aunque, en realidad, terminó modificándolo. Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, «Más de lo mismo», *El Colombiano*, once de julio de 2021, p. 27; CÁCERES GONZÁLEZ, «Prisión perpetua en Colombia», p. 113.

¹⁰⁸ Cfr. Sent. 2015-3866STC, de 6 de octubre de 2021.

¹⁰⁹ Véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2020). «Prólogo», en BENITO SÁNCHEZ, D. *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la Política Criminal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, p. 19.

El concepto penal de funcionario público: algunas cuestiones problemáticas*

Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela



EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO público se halla íntimamente ligado al de función pública, que obviamente excede, con mucho, del ámbito de lo jurídico-penal. La doctrina y jurisprudencia penales españolas han trabajado con tres definiciones de ella¹.

Una primera tesis considera que la distinción entre las funciones públicas y las actividades privadas debe establecerse a partir de un criterio formal, es decir, en función del sector del ordenamiento jurídico que rija la actividad del ente público cuyas funciones sean objeto de análisis. De esta forma, los sujetos que, contando con un título de habilitación, presen servicios en una entidad sometida al Derecho público siempre serían

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «El lobismo en el ordenamiento jurídico español: aspectos de Derecho Constitucional y de Derecho penal» (2019-PN106), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación.

¹ Vid. JÁVATO MARTÍN, A., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 23, 2011, pp. 157 y ss.; Roca de Agapito, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial, III*, Valencia, 2013, pp. 64 y ss.; RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (Concepto penal de funcionario público)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 184 y ss.; MARTÍN LORENZO, M., «Concepto de funcionario y externalización de funciones públicas», en Maqueda Abreu, M. L. / Martín Lorenzo, M. / Ventura Püschel, A. (coord.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid, 2016, pp. 214 y ss.

funcionarios a efectos penales, con independencia de que su propio régimen estatutario no sea de carácter público². Para contestar a las críticas recibidas por este punto de vista, centradas en sus limitaciones frente a las nuevas formas de organización administrativa, jurídicamente sujetas al Derecho privado, pero materialmente públicas, su principal representante, Queralt Jiménez, ha introducido la precisión de que, con independencia de la forma jurídica que revista un ente, lo verdaderamente relevante para concluir que constituye un poder público es el carácter de sus funciones³.

Otros autores delimitan la función pública a partir de un punto de vista teleológico-subjetivo, presentándola como cualquier actividad proyectada al bien común, al interés social o colectivo, y llevada a cabo por órganos estatales o paraestatales⁴. Esta es también la postura defendida por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que hablan de una actividad «determinada por el interés servido, por la tendencia y finalidad de los actos realizados para conseguir actividades públicas y no privadas, dirigidas al bien común y desde un órgano oficial, estatal, provincial o corporativo de igual condición pública»⁵, o «que se desenvuelve por el Estado o Corporaciones públicas en beneficio de la comunidad y en cumplimiento de los fines que le están atribuidos»⁶. La STS 1590/2003, de 22 de abril, es una

² Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «El concepto penal de funcionario público», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 27, 1985, pp. 482 y 483; ÁLVAREZ VIZCAYA, M. T., *Libertad de expresión o principio de autoridad: el delito de desacato*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 225 y 226.

³ Vid. J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, 6.ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 1116.

⁴ Vid. ROCA DE AGAPITO, «Concepto de autoridad...», cit., pp. 71 y ss.; Martín Lorenzo, «Concepto de funcionario...», cit., pp. 215 y 216.

⁵ Vid. STS 1263/1973, de 23 de abril.

⁶ Vid. STS 3703/1978, de 20 de enero. En ese mismo sentido puede verse STS 626/1991, de 5 de febrero; 12850/1992, de 13 de marzo de 1992; STS 1183/1993, de 20 de mayo, hablando de una «actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos»; STS 590/1997, de 19 de abril, con relación a los gestores de empresas públicas que prestan servicios públicos y cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública; STS 1889/2002, de 13 de noviembre, con relación a las entidades estatales reguladas en el art. 6.2 de la LGP, por ser parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público; STS 866/2003, de 16 de junio; STS 1590/2003, de 22 de abril, en referencia al presidente de una sociedad cuyas funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales; SAP Asturias 270/2003, de 30 de octubre, que condena a la jefa de contabilidad de «COGERSA, SA» como responsable de un delito continuado de malversación, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil; STS 186/2012, de 14 de marzo.

de las que recogen este planteamiento, castigando como funcionario al presidente de IMPROASA, sobre la base de que cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública». A él se adscribe, asimismo, Valeije Álvarez, quien tomando como punto de partida un concepto que se podría denominar «subjetivo», termina por introducir, como índice corrector, el carácter de servicio público de la actividad material o jurídica imputable a la Administración⁷.

Finalmente, otro sector doctrinal y jurisprudencial ha defendido un concepto mixto, que incorpora los tres elementos anteriormente mencionados: el subjetivo (que la actividad sea realizada por un ente público), el teleológico (que se dirija a satisfacer necesidades generales o fines colectivos) y el formal u objetivo (que esté llevada a cabo mediante actos sujetos al Derecho público, aunque la relación entre el sujeto que los realiza y el órgano pueda ser reguladas por normas no públicas)⁸.

La determinación de lo que deba considerarse «función pública» es, probablemente, la cuestión más intrincada de todas las que suscita el concepto penal de funcionario. La complejidad del sector público en España, la crisis del concepto «servicio público» y la privatización de amplias esferas de la acción administrativa dificultan enormemente la formulación

⁷ Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 62, 1997, pp. 473, 474, 479 y 492.

⁸ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edersa, Madrid, 1990, p. 151; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoridad y funcionario a efectos penales», en Montoya Melgar, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p. 711; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 176; COBO DEL ROSAL, M. / Quintanar Díez, M., «Artículo 24», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Madrid, 2000, p. 42; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A., «Problemas generados por el difuso concepto de funcionario público en el Derecho penal», *Revista de Derecho penal*, n.º 28, 2009, p. 59. En la jurisprudencia pueden verse STS 1292/2000, de 10 de julio; STS 789/2001, de 10 de mayo, en relación con los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio de Diplomados en Enfermería, entendiéndose que dicho colegio «es una corporación de derecho público que ejerce funciones públicas pues tiene competencia de inspección administrativa y sus actos son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo»; STS 2340/2001, de 10 de diciembre, que entiende que «la actividad de una Caja de Ahorros no supone el ejercicio de una función pública, ni persigue fines estrictamente públicos pese al indiscutible interés social que dicha actividad reviste»; SAP Almería 109/2002, de 30 de abril; STS 866/2003, de 16 de junio; 876/2006, de 6 de noviembre.

de una definición que proporcione la seguridad jurídica que conviene a las normas penales y que sirva para evitar, al propio tiempo, la aparición de lagunas de impunidad en relación con los abusos que puedan cometerse en el seno de la Administración en sentido amplio. La situación de las sociedades mercantiles anónimas, concesionarias de monopolios comerciales adjudicados por concurso y cuyos órganos rectores incorporan a representantes del Estado, sirve de botón de muestra de lo complejo de separar con nitidez las actividades públicas y las privadas.

De entrada, el incremento de la intervención estatal –connatural a la concepción social del Estado abrazada por la Constitución de 1978–, el recurso a técnicas como la concesión, los contratos o las autorizaciones para la prestación de los servicios públicos por parte de empresas privadas o la instrumentalización, por parte de la propia Administración, de sociedades mercantiles, con la misma finalidad, arrojan serias dudas sobre la utilidad de los criterios relacionados con la forma pública de personificación y el sometimiento de la actividad a un régimen jurídico-público. Ambos obedecen a la concepción clásica (obsoleta) de la Administración territorial, integrada por la Administración general del Estado, la de las Comunidades Autónomas y la local (provincias, municipios, mancomunidades, consejos y cabildos insulares, comarcas, áreas metropolitanas y otros entes locales menores)⁹. En la actualidad, como reconoce la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los entes públicos se distribuyen además en las esferas de la Administración institucional –organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y Universidades públicas– y de la Administración corporativa, esto es, aquellas agrupaciones de personas organizadas en el interés común de todas ellas y con participación de las mismas en su administración.

Conviene recordar, por otra parte, que la noción de función pública pertenece también al campo de lo jurídico-constitucional, debiendo ajustarse, por consiguiente, a los principios constitucionales que vinculan y caracterizan a todos los poderes públicos. En tanto pueda afirmarse la subsistencia de una organización inequívocamente pública y sometida al Derecho administrativo, la Administración nunca podrá desligarse de ellos, aunque recurra al subterfugio de la utilización de entes instrumentales que revisten forma mercantil o que actúan en régimen jurídico-privado¹⁰.

⁹ Vid. ROCA DE AGAPITO, «Concepto de autoridad», cit., pp. 68 y 69.

¹⁰ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996, pp. 51 y 52.

Cuando el círculo de actividades de que se trate represente la actuación de un «poder público», con el significado (material) que la propia Constitución le atribuye a dicho concepto –y que implica, entre otras cosas, la proscripción de toda clase de actuaciones arbitrarias (art. 9.3), el deber jurídico de actuar con objetividad e imparcialidad y de servir los intereses generales (art. 103.1) y el control judicial de sus actuaciones y de los fines que las justifican (art. 106.1)–, las conductas de los administradores y consejeros de las sociedades mercantiles, a las que se atribuye la gestión de un determinado ámbito de competencia administrativa, deberán venir siempre sometidas al régimen jurídico-penal de la corrupción pública y enjuiciadas por la jurisdicción penal ordinaria, so pena de sancionarse verdaderas inmunidades del Poder o, en el mejor de los casos, respuesta penales insatisfactorias¹¹.

A la vista de todo lo anterior, creo que la determinación del carácter público de cualquier actividad habrá de hacerse depender de su procedencia –directa o indirecta– de un órgano público (criterio subjetivo) y de su orientación a la satisfacción de intereses generales (criterio teleológico). Esa dimensión subjetivo-material de las funciones públicas, asumida, como se ha indicado, por un sector de la doctrina y la jurisprudencia, sitúa en primer plano la realización de actividades reconducibles a la Administración (bien porque el ente en cuestión se incardina en su esquema organizativo, bien porque actúa por delegación de ella o bajo su control e inspección), por un lado, y el conjunto de intereses (colectivos, generales) de cuya tutela o prestación se hacen cargo el Estado, la Comunidad Autónoma o los entes locales, por el otro. Permite sujetar al estatuto penal de la Administración pública al personal de todos los entes públicos que, cumplimentando dichos requisitos, revisten forma mercantil o cuyo giro o actividad, en general, están sometidos al Derecho privado y que posee, indudablemente, la capacidad de afectar a los bienes jurídicos protegidos en el Título XIX del Código penal¹². El mismo esquema es aplicable al de las corporaciones sectoriales de base privada (colegios profesionales, cámaras oficiales de comercio, comunidades de regantes), en aquellos ámbitos en que actúan un poder público, por delegación de la Administración¹³. Con

¹¹ Como explica VALEIJE ÁLVAREZ «la “huida hacia el Derecho privado” es un fácil recurso para destutelar penalmente sectores enteros de la actividad estatal». Vid. «Reflexiones sobre los conceptos...», cit., p. 470.

¹² Vid. STS 68/2003, de 27 de enero; STS 1590/2003, de 22 de abril; STS 1030/2007, de 4 de diciembre; STS 186/2012, de 14 de marzo; STS 166/2014, de 28 de febrero; STS 421/2014, de 16 de mayo.

¹³ Vid. SAP La Rioja 510/2005, de 15 de diciembre, que aprecia la condición de funcionario en el presidente del Colegio Oficial Profesional de agentes comerciales.

arreglo a lo dispuesto en la Ley de Aguas, las comunidades de regantes, por ejemplo, ejercen funciones públicas cuando disponen los criterios con arreglo a los cuales deben contribuir a los gastos (art. 82.2), utilizan la ejecución sustitutoria para actos que impongan a los usuarios una obligación de hacer de carácter no personalísimo (art. 83.1), recurren a la vía de apremio para el cobro de ciertas deudas (art. 83.1 y 4) o imponen multas por las infracciones previstas en las ordenanzas (art. 84.6).

La verificación del criterio subjetivo puede ser resultar problemática en el ámbito de la llamada Administración institucional, integrada, según el art. 87 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado (organismos autónomos y entidades públicas empresariales), las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica y las universidades públicas no transferidas. Tratándose de sociedades mercantiles, su artículo 111 apunta la necesidad de atender al elemento del control estatal, y no al de la titularidad en sentido estricto, para decidir si se incardinan o no en el esquema organizativo de la Administración. Su utilización nunca podrá servir para eludir las responsabilidades penales de sus administradores y consejeros en dos supuestos: cuando la participación directa de la Administración General del Estado, o alguna de las entidades que integran el sector público institucional estatal, en su capital social sea superior al 50 por 100, o cuando la sociedad en cuestión se halle en la situación prevista en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes. En el caso de las fundaciones, la pertenencia al sector público estatal vendrá condicionada, en cambio, a la concurrencia de alguno de los requisitos descritos en el art. 128. 1: a) que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución; b) que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente; y c) que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal.

Las SSTs 1233/1997, de 10 de octubre, y 789/2001, de 10 de enero, hacen lo propio con los miembros de las juntas de gobierno de colegios profesionales.

Por lo que se refiere al elemento teleológico, se ha escrito, con razón, que los fines públicos se establecen políticamente y que están sujetos a modificaciones temporales y geográficas, en función de la opinión pública y de las prioridades del partido político que sostiene al gobierno¹⁴. En el sector público empresarial y fundacional, cabrá reconocerlos, evidentemente, en el conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se deba hacer cargo, al amparo de la reserva de servicios esenciales prevista en el art. 128. 2 de la Constitución, o que sean calificados como tales por la norma de creación del ente en cuestión. Fuera de esos supuestos, siendo imposible aportar una definición taxativa de lo que sean¹⁵, coincidirán, en línea de principio, con el objeto de las actividades prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, o de las de fomento –que sirven como instrumento de ejecución de políticas públicas de inversión–¹⁶. Más allá del ámbito de aplicación de los delitos del Título XIX del Código penal se situarán, en cambio, las conductas perpetradas en el ámbito de sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público pero que persiguen finalidades exclusivamente comerciales o cuyo objeto social, más en general, no se ajusta al ámbito de la gestión de servicios públicos¹⁷.

El concepto subjetivo-material que acaba de exponerse se compadece con una interpretación literal (puesto que el artículo 24. 2 no proporciona ninguna noción de función pública que pudiera entenderse incompatible

¹⁴ Vid. COBO DEL ROSAL / QUINTANAR DÍEZ, «Artículo 24», cit., p. 43.

¹⁵ Vid. la STS 876/2006, de 6 de noviembre, que pone en referencia el criterio teleológico con el ejercicio de las «potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de estas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc».

¹⁶ Vid. JÁVATO MARTÍN, «El concepto de funcionario...», cit., p. 160; Roca de Agapito, «Concepto de autoridad...», cit., p. 73. Las SSTs 68/2003, de 27 de enero, y 1590/2003, de 22 de abril de 2004, sostienen que cualquier actuación de las entidades públicas que adoptan forma independiente, «incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento», responderá al concepto amplio de función pública que conviene al Derecho penal.

¹⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre los conceptos...», cit., p. 492; Roca de Agapito, «Concepto de autoridad...», cit., p. 73. La STS 575 /1992, de 13 de marzo, rechazó la aplicación del delito de malversación (en cualquiera de sus modalidades) en relación con las conductas realizadas en el seno de una empresa pública comercial (Tabacalera SA) cuyo objeto social no es la prestación o realización de ningún servicio público que sea competencia de la Administración pública, sino la producción de tabaco con fines de lucro y en virtud de una concesión estatal adjudicada mediante concurso. De ella, explica la sentencia, obtiene beneficios de los que tiene que abonar una parte al Estado, a cambio de la concesión exclusiva.

con él) y teleológica de los delitos de tráfico de influencias. A este último respecto basta decir que carecería de sentido rechazar su existencia utilizando el argumento de que, en el caso concreto, el funcionario se prevale de las facultades de su cargo en una empresa pública cuya actividad es eminentemente administrativa pero que adopta la forma de una sociedad mercantil. Como se subrayará posteriormente, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, la libertad organizativa de la Administración Pública no puede redundar en la desprotección del derecho de los ciudadanos a que actúe como una herramienta al servicio de los intereses generales de la colectividad, adopte el método de gestión que adopte¹⁸.

Cuestión distinta es que el carácter funcional del concepto de funcionario pueda justificar, razonadamente, la aplicación de algún tipo de atenuación a quienes participan en el ejercicio de las funciones públicas desde lo que podría denominarse la periferia de la Administración. La heterogeneidad de las situaciones profesionales de quienes merecen la consideración penal de funcionario público (funcionarios de carrera, interinos, personal laboral, personal al servicio de las sociedades anónimas estatales...) podría redundar en un grado de reprochabilidad diverso, que debe ser atendido por el órgano judicial –aplicando *ad hoc* una atenuante analógica o haciendo uso de la horquilla penológica establecida en el precepto de que se trate, para ajustar, al amparo de las reglas de individualización del art. 66 del CP, la extensión concreta de las penas teniendo en cuenta, entre otros, ese factor– o por el legislador –introduciendo una norma semejante a la del art. 65.3, relativa al *extraneus* que participa en los delitos especiales propios–¹⁹.

Existe, sin embargo, una zona gris o de fricción entre la corrupción pública y la privada, en la que, aunque las actuaciones de los particulares que actúan como delegados de la Administración revisten los mismos efectos jurídicos que las de los organismos administrativos ordinarios, no siempre es sencillo identificar la presencia de uno de los modos de designación descritos en el artículo 24. 2 del Código penal.

A la hora de examinar esas situaciones la jurisprudencia parece operar *ad casum* y con criterios más político-criminales que técnicos. Ejemplo de ello son algunos de sus pronunciamientos en relación con los trabajadores contratados por empresas privadas que actúan como entidades colaboradoras de la Administración y cuyas relaciones con dichas empresas se enmarcan exclusivamente en el ámbito privado. La STS 9459/1990, de 19 de diciembre, apreció la condición de funcionario con respecto al supervisor

¹⁸ Vid. MARTÍN LORENZO, «Concepto de funcionario», cit., p. 216.

¹⁹ A favor de esa solución GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «Problemas generados...», cit., pp. 66 y ss.

de una estación de ITV dependiente de la Conserjería de Industria y Turismo del Principado de Asturias, condenándolo por un delito de falsedad en documento oficial, con el argumento de que en el informe técnico –que tenía que ser definitivamente firmado por el jefe de negociado técnico de la estación– se incluía también, con su firma, el resultado del examen realizado por el propio supervisor. En cambio, las SSTs 806/1993, de 7 de abril, y 1122/2007, de 10 de diciembre, sostienen la tesis contraria, en ambos casos, con el argumento de la falta de prueba sobre el papel que el acusado desempeñaba en la actividad de inspeccionar y legalizar los vehículos, esto es, sobre sus competencias para firmar los informes favorables de inspección (lo que impediría evaluar si actuó como delegado de la Administración ejerciendo funciones públicas).

La misma orientación puede verse en diversas decisiones que tienen por objeto las actuaciones de los directivos y altos cargos de las empresas públicas con forma de sociedad mercantil. La Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha dudado en considerarlos funcionarios públicos, en ocasiones cargando las tintas sobre el elemento material de la participación en las funciones públicas, sin importarle la vía por la que se había accedido. La STS 5733/1995, de 14 de noviembre, hizo responsable de prevaricación culposa a un miembro del Consejo de Administración de la sociedad anónima creada por el Ayuntamiento de Zaragoza para ofrecer espectáculos deportivos, por adjudicar unas obras careciendo de competencia y prescindiendo de los trámites necesarios. La STS 537/2002, de 5 de abril, hizo lo propio con el gerente de una sociedad mercantil municipal, designado directamente por un órgano de la misma que, como tal, ejercía funciones públicas del Ayuntamiento de Marbella. La ya citada STS 1590/2003, de 22 de abril, condenó al presidente de IMPROASA, sociedad estatal privada creada por la Dirección General del Patrimonio del Estado para la «explotación de inmuebles destinados a servicios de la Administración Pública», infringiendo el elemento formal del título del hecho de que era aquella (la Dirección General) la que designaba a la totalidad del Consejo de Administración, incluido el presidente. La STS 149/2015, de 11 de marzo, se sirvió de un argumento similar para concluir que en el presidente y consejero delegado de la sociedad mixta RILCO, dedicada al fomento de la iniciativa pública y privada, con capital procedente del Consorcio de la Zona Franca de Cádiz, concurría el título o modo de acceso al desempeño de la función: la totalidad del Consejo de Administración coincidía con el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz, y el presidente de RILCO era el delegado del Estado en el consorcio. En esa misma línea, la STS 421/2014, de 16 de mayo, entendió que el nombramiento del director gerente de Mercasevilla, realizado por los socios mayoritarios, procedía de una autoridad pública, al

hallarse controlada la Junta General de la sociedad por capital de esa naturaleza. Todas estas resoluciones sancionan una interpretación extensiva del título habilitante, al hilo de una comprensión material del concepto de funcionario público que apela a un levantamiento del velo²⁰. Los sujetos activos de los delitos en cuestión eran directivos con contratos laborales de alta dirección, a lo sumo indirectamente nombrados por una autoridad pública. La tendencia inflacionista que acaba de reflejarse alimenta, por el contrario, la convicción de que cualquier tarea asociada a la función o el servicio público podría incardinarse en la noción jurídico-penal de funcionario. Sabemos, no obstante, que hacer depender dicha cualidad del hecho de que el sujeto en cuestión se halle participando, de forma más o menos permanente, en el ejercicio de funciones públicas no se compadece con los términos en que se halla redactado el art. 24. 2.

No son, por supuesto, los únicos pronunciamientos que evidencian problemas aplicativos y de inseguridad jurídica. Se ha calificado de funcionarios: a los empleados de las notarías y a los auxiliares del Registro de la Propiedad (pero no a los de las cámaras agrarias); a los conductores de ambulancia de empresas privadas que prestan servicio en entidades públicas de gestión sanitaria (pero no a los empleados de una empresa pública que servían a una sociedad mercantil autónoma en relación de contrato mercantil); o a los titulares de Administraciones de lotería (pero no a los empleados de las mismas). Por su parte, la Consulta de la FGE 2/2008, de 25 de noviembre, rechaza la consideración de funcionarios de los profesionales de la salud o de la educación que, «aun prestando servicios públicos o sociales, los realicen como empleados de empresas o instituciones privadas relacionadas con la Administración en régimen de concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación jurídica similar», a pesar de que las SSTs 1590/2003, de 22 de abril, y 149/2015, de 11 de marzo, de 9 de marzo de 1992 sí habían extendido dicha condición a los empleados de concesionarios de servicios públicos. Estas (confusas) pautas interpretativas provocan equívocos sobre el alcance del concepto de funcionario, pudiendo suscitar la aparición de errores de tipo –vencibles o invencibles–.

En buena parte de los casos que acaban de reseñarse, una vez que el legislador ha dejado sentado que la intervención de los funcionarios en el ámbito de lo público debe venir respaldada por alguno de los modos de designación mencionados en el artículo 24. 2, los sujetos que resultaron sancionados como autores de delitos reservados a los funcionarios públicos deberían

²⁰ Vid. RAMÓN RIBAS, «La derogación jurisprudencial...», cit., pp. 179, 211 y 217; GÓMEZ RIVERO, C., «El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-06, p. 11.

haber sido calificados como particulares (que participan en el ejercicio de la función pública). El Código penal español ha optado por no formular definición alguna de dicha figura o cualificación, a la que, además, sólo da entrada, como elemento de la autoría, en determinados tipos de su título XIX. Ambos datos obligan a interesarse por ella, como categoría conceptual.

Es bien conocido que el art. 423 del Código penal extiende la disciplina del cohecho (en sus cuatro formas) a los «jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente y administradores concursales», pero también, y en lo que aquí interesa, a «cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública». De acuerdo con la doctrina monografista, esta última fórmula alude a tres grupos de sujetos: los particulares que desarrollan actividades que el Estado ha integrado en el conjunto de los servicios públicos que presta (v.gr. los concesionarios de servicios públicos); quienes realizan actividades privadas pero que conllevan el empleo de determinadas potestades administrativas, como el ejercicio de autoridad o la fe pública (por ejemplo, los comandantes de aeronave o de buque o los médicos que emiten certificados de nacimiento o defunción); y, finalmente, quienes reciben un encargo de un organismo administrativo o de una autoridad judicial relacionado con la ejecución o prestación de ciertas tareas de índole técnico (caso de la participación en jurados, la emisión de dictámenes o la conservación de bienes embargados). Con este precepto el legislador reitera, pues, la dinámica de dar entrada en el círculo de la autoría de diversos delitos contra la Administración pública a sujetos que, en puridad, no pueden considerarse ni autoridades ni funcionarios a efectos penales: los particulares accidentalmente encargados de los documentos «por autorización gubernativa o de los funcionarios o autoridades encargados de ellos» (art. 416); las personas, funcionarios o agentes indicados en el art. 427, también en sede de cohecho; los encargados «por cualquier concepto» de fondos, rentas o efectos (art. 435.1.º); y los «particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos» (art. 435.2.º).

Ahora bien, el art. 423 hace algo más que aludir a determinados sujetos que carecen de los modos cerrados de designación descritos en el art. 24.2. La ausencia de la clase de vínculo o relación que une a los funcionarios (a efectos penales) con la Administración no se traduce, en él, en una valoración distinta de las conductas, desde la perspectiva de su impacto en el bien jurídico. Esa exigencia negativa se ve complementada, en su tenor literal, por lo tanto, por una segunda nota de carácter positivo: la de que su intervención (en un ámbito de actividad pública) se produce de una forma, y desde una posición, que justifican su asimilación en términos de punitivos a los funcionarios. El dato es relevante, puesto que descubre la

voluntad real del legislador: la de dar entrada a un modo de participación que ni reviste menor intensidad que la que define a aquellos, ni carece en absoluto de rasgos formales o institucionales. Otra interpretación convertiría la equiparación punitiva a que acaba de aludirse en arbitraria.

Ambos requisitos (el negativo y el positivo) concurren, sin duda, en las personas físicas y entidades que colaboran con la Administración pública a través de técnicas administrativas como la concesión, la contratación o la autorización. La normativa que regula dicha colaboración (por ejemplo, en tareas de inspección técnica) suele limitarse a definir los requisitos que deben cumplir para garantizar su solvencia técnica y financiera y a establecer un régimen de actuación que preserve los derechos de los administrados, pero no contempla nunca el régimen laboral o de gestión de las mismas. Son aquellas técnicas, por lo tanto, las que permiten darles cobertura legal a determinadas formas de participación en actos relacionados con la Administración Pública por parte de sujetos que, de ninguna forma, pueden considerarse incorporados a la misma.

Es verdad, con todo, que, si en el Derecho administrativo la externalización encuentra justificación en razones asociadas a la incapacidad de las Administraciones Públicas para atender con eficacia las intervenciones requeridas en la sociedad postindustrial, pensando sobre todo en la complejidad técnica de los sectores para los que se requiere la colaboración, su traslado al ámbito del Derecho penal genera una realidad difícil de prever en todas sus implicaciones. Encontramos formas de colaboración público-privada en entidades competentes para la toma de decisiones vinculantes, por medio del ejercicio de funciones de control, inspección o certificación del cumplimiento de la legalidad vigente, pero también en otras que se limitan a colaborar en la gestión, ejecutando decisiones emanadas de las instancias públicas competentes, y no resulta sencillo establecer si el Derecho penal debe contemplar ambas tipologías como fenómenos distintos. En aras a salvaguardar principios básicos como el de taxatividad de los tipos penales, sería deseable, pues, que el legislador incluyese una definición ad hoc (del particular que participa en el ejercicio de la función pública) en un tercer apartado del artículo 24, junto a las ya previstas de autoridad y funcionario, que permitiese acotar el ámbito de aplicación de los delitos que la contemplan. Con ello se tendría en cuenta, de forma diferenciada, la multiplicidad de categorías existentes, más allá del colectivo de funcionarios y de personal contratado en régimen administrativo o laboral, para realizar actividades de prestación de servicios públicos. Otros sistemas penales, como el italiano o el alemán, han transitado ya por ese camino, contemplando definiciones de diversas figuras relacionadas con el desempeño de actividades públicas o que, por su relevancia, sean de necesidad pública.

Las ilusiones y la legítima defensa

E. Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires



I. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICACIÓN

LA EXIGENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS de justificación ha dado lugar a un largo debate¹. Por nuestra parte, creemos que cualquier conducta que encuadre objetivamente en el ejercicio de un derecho es tal², sin requerir ningún elemento subjetivo particular, coincidiendo con la opinión de que *el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar una auto-degradación moral del agente, sino situaciones socialmente indeseables*. Por ende, *el que previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión, no da lugar a una situación indeseable que el derecho trate de prevenir, cualquiera sea el efecto que su acción produzca sobre el valor de su carácter moral*³.

¹ Se han pronunciado por esa exigencia Welzel, Maurach, Niese, H. v. Weber, Bockelmann, Wessels, etc. citados en ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 574; al respecto también Walter PERRON, *Justificación y exculpación en derecho penal alemán en la exención de responsabilidad en situaciones especiales de necesidad*, en «Justificación y exculpación en derecho penal», Coloquio Hispanoalemán de Derecho Penal», Madrid, 1995, pp. 102 y ss.; Luis COUSIÑO MACIVER, *Los integrantes subjetivos de la justificación*, en «Revista de Ciencias Penales», Sgo. de Chile, diciembre de 1974, pp. 26 y ss.; H.H. JESCHECK/TH. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlin, 1996, p. 328.

² Sostuvimos la posición contraria, en *Teoría del delito*, Bs. As., 1973, p. 457.

³ Carlos S. NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires, 1996, p. 168.

Creemos que las causas de justificación ratifican el ámbito de libertad y no se construyen a partir de las prohibiciones⁴, sino del principio de reserva. Así, para ejercer cualquiera de los derechos garantizados por la Declaración Universal y por las constituciones (libertad de expresión, de cultos, de reunión, etc.), es inadmisibles que se exija que la persona conozca la situación concreta, tenga la finalidad de ejercerlo y menos aún que se motive en eso, cuando vivimos a su amparo y casi siempre lo hacemos sin siquiera pensar en eso.

En materia de legítima defensa, la posición contraria plantea la exigencia de un elemento subjetivo, a veces llamado *animus defendendi* y que –como veremos– puede entenderse con diferente contenido.

Sin perjuicio de las apuntadas razones conceptuales que nos mueven a negar la exigencia de estos elementos de la justificación en general y de la legítima defensa en particular⁵, creemos necesario observar que la doctrina que adopta la posición contraria, pasa por alto los inconvenientes que esa tesis apareja en relación con la capacidad psíquica de la persona que se defiende. Las dificultades que aquí señalamos –sobre las que no parece haberse reparado–, creemos que configuran argumentos que refuerzan de la posición que postulamos.

2. CAPACIDAD PSÍQUICA E IMPUTABILIDAD

Es sabido que a la imputabilidad se la calificó como el *fantasma errante* de la teoría del delito⁶, pues los hegelianos la concibieron como capacidad de acción, los partidarios de la culpabilidad psicológica y algunos normativistas como presupuesto de la culpabilidad⁷, la mayoría de los normativistas como elemento de ésta –posición hoy dominante–, e incluso se la excluyó de la teoría del delito, para tratarla prácticamente como excusa absolutoria⁸. Hemos observado que esta deambulación resulta de no distinguir adecuadamente la *imputabilidad* de la totalidad de la *capacidad psíquica* exigida en el delito.

⁴ Creemos que la construcción de la justificación a partir de la prohibición es lo que lleva a sostener que el concepto complejo del tipo requiere estos elementos subjetivos en la justificación (al tipo prohibitivo complejo lo neutraliza un tipo permisivo complejo). Si se construye la justificación a partir de los derechos, esa consecuencia no se impone.

⁵ Cfr. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, op. et loc. Cit.

⁶ Sobre este deambular en detalle, idem, pp. 659 y ss.

⁷ También Karl BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 158; M. E. Mayer, *Der allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1923, pp. 202 y ss.

⁸ El discípulo de Liszt, Lilienthal proponía esta solución.

En efecto: desde hace mucho sostenemos que todo requerimiento subjetivo en la teoría del delito, en el estrato analítico que fuere, requiere la pertinente capacidad psíquica para cumplimentarlo⁹. Por ende, creemos que deben distinguirse tres capacidades psíquicas: *de acción, de dolo y de culpabilidad*, reservando a esta última la tradicional designación de *imputabilidad*.

3. CAPACIDAD PSÍQUICA DE DOLO

Parece claro que quien carece de capacidad psíquica de voluntad (crisis epiléptica, parálisis histérica, etc.) no realiza una acción y, en cuanto al dolo, no puede haberlo cuando el agente está psíquicamente incapacitado para reconocer los elementos requeridos por el tipo objetivo.

Son varias las patologías que provocan alteraciones de la sensopercepción, consistentes en *ilusiones* (el sujeto percibe un objeto diferente) y *alucinaciones* (percibe algo que no existe)¹⁰, lo que no debe confundirse con el *delirio*, en que se percibe correctamente el mundo real, sólo que *interpretado* según la idea patológicamente dominante.

En el caso de las *ilusiones*, si el agente cree estar golpeando un árbol y en realidad golpea a una persona, no puede haber dolo de lesiones; si creyese estar golpeando a una persona y en realidad daña un maniquí, no habría dolo ni de lesiones ni de daños. En estos supuestos se trata de errores invencibles de tipo, pero con la particularidad de ser *psíquicamente condicionados*.

En el supuesto de la *alucinación*, lo más frecuente es la atipicidad completa, por inexistencia de tipo objetivo, como quien dispara porque percibe que un animal se abalanza contra él, pero el animal no existe y lo que en realidad hace es disparar al aire.

¿Una capacidad psíquica de legítima defensa? Pero tratándose de *ilusiones* patológicas y en referencia a la legítima defensa, puede darse el supuesto en que el agente reconozca que se halla frente a otro ser humano, que en el *mundo real* está a punto de dispararle con un arma de fuego y, sin embargo, en su *mundo psicótico* no perciba el arma, sino que simplemente le señala con el dedo índice.

⁹ Cfr. ZAFFARONI, *La capacidad psíquica de delito*, en «Derecho Penal Contemporáneo», México, 1969.

¹⁰ La psiquiatría problematiza más la cuestión. Así, por ejemplo, se dice que no son trastornos de la percepción, sino *engaños* (cfr. M. REICHARDT, *Psiquiatría general y especial*, Madrid, 1958, p. 361) y otros autores hablan de *pseudopercepciones* (Kurt KOLLE, *Psiquiatría*, Madrid, 1964, pp. 76 y 198). Con una enorme recopilación de literatura psiquiátrica hasta mediados del siglo pasado, Manuel CABAILEIRO GOAS, *Temas psiquiátricos, Algunas cuestiones psicopatológicas generales*, Madrid, 1966, pp. 420 y ss.

Supongamos pues, en este caso, que el agente **A**, en su delirio psicótico se cree perseguido por **B**, a quien por esa razón odia visceralmente y lleva un bate de béisbol para golpearlo, pero en ese momento **B**, sin conocer el propósito lesivo de **A**, le apunta con el arma que **A** no ve, porque su patología le hace percibir que **B** simplemente se limita a señalarlo con el dedo y, en esa circunstancia **A**, con el dolo de lesiones correspondiente a su plan lesivo, le golpea y con eso, objetivamente, evita que **B** le dispare, de lo cual no tiene la menor consciencia.

Se trata de un caso de desconocimiento de la situación de justificación por parte del agredido, análogo al de quien dispara contra el agresor que lleva el arma escondida en un periódico, o contra quien la oculta debajo del poncho o la prepara en el bolsillo con el dedo en el gatillo, presto a dispararle, sólo que, en el caso que planteamos no se trata de una ignorancia cualquiera, sino condicionada por la incapacidad psíquica del agredido ilusionado que, en lugar de un arma ve un dedo índice.

Lo mismo sucedería en el caso de legítima defensa de un tercero. Si **A** ve a **B**, quien está agachado sobre **C**, al quien está estrangulando, pero por el efecto ilusorio, en su mundo psicótico percibe que **B** sólo está cortando flores del jardín, al asestarle el golpe con el bate **A** está objetivamente defendiendo y salvando la vida de **C**.

En estos casos, la conducta del incapaz es objetiva y subjetivamente dolosa (sabe que descarga un golpe en la cabeza contra otro con el fin de lesionarlo), pero objetivamente salva su vida o la del tercero¹¹.

Estos supuestos presentan tres problemas: (a) el primero hace a la dignidad humana; (b) el segundo es el del juez en relación con los contenidos del mundo psicótico; (c) el tercero son contradicciones que afectan la completividad lógica de la propia construcción dogmática.

4. DIFICULTADES QUE HACEN A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Los hegelianos, en razón de la ubicación básica de la imputabilidad como capacidad de acción, negaban el derecho del psicótico a defenderse porque, para esta corriente de pensamiento, directamente no realizaría una acción. Más limitadamente, la misma observación corresponde formular a los partidarios de los elementos subjetivos de la legítima defensa, aunque reducida al caso de las personas con alteraciones del sensorio. Una

¹¹ Por tal razón se propone que la conducta se considere como tentativa (así, Claus ROXIN, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 1997, I, p. 604; Kirstian KÜHL, op. cit., p. 128). Se propone penar como tentativa una conducta que causó el resultado al que finalmente se dirigía el dolo.

discapacidad mental privaría a una persona del derecho a defenderse o a defender a un tercero, aunque objetivamente haya producido el resultado querido por el derecho (salvar el bien injustamente agredido).

Esta solución no sólo parece chocar con un elemental sentido de equidad, sino que, en el propio derecho positivo vigente, creemos muy dudoso que soporte los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, puesto que importa una negación de derechos en razón de una discapacidad que, en este caso proviene de una patología psíquica. Si las normas de máxima jerarquía prohíben, privar de derechos a un discapacitado físico en razón de su discapacidad, no cabría entender que esa prohibición deja de ser válida cuando la discapacidad es psíquica.

5. ¿DESVALOR ÉTICO DE LA ACCIÓN DE UN PSICÓTICO?

Por otra parte, la exigencia de los elementos subjetivos de justificación y, en particular de la legítima defensa, por lo general, se refuerza con una exigencia de mínima *eticidad* en la conducta justificada (se argumenta: un accidente no puede justificar una acción típica y antijurídica de un homicida, por ejemplo).

Dejando de lado las objeciones que pueda merecer esta posición, lo cierto es que parece haber una contradicción en estos casos, porque no es racional exigir una conducta ética a un discapacitado psíquico pues, entre otras razones y llevada esa exigencia ética al extremo, su valoración debería recaer sobre los contenidos del propio mundo psicótico de la persona.

En efecto: para valorar la *eticidad* de la conducta de un psicótico ilusionado, sería menester indagar las motivaciones que tuvo su conducta conforme a su mundo psicótico, que sería justificada siempre que creyese defenderse, aunque en lugar de la agresión ilegítima real crea que lo agrede alguien que descendió de un UFO o que detiene a un perverso malvado que lo está envenenando lentamente. Esto implicaría una regresión a los tiempos de la viejas reglas *M'Naghten* inglesas¹² y a posiciones similares del siglo XIX, tributarias de la tesis de la *locura parcial*: el juez valoraría éticamente contenidos del mundo autista del psicótico.

¹² Conforme a algunas interpretaciones de estas reglas, si el psicótico creía que actuaba en legítima defensa, por ejemplo, es decir, si los contenidos de su mundo psicótico correspondían a una justificación, debía ser absuelto, es decir, que se valoraba éticamente el contenido delirante (sobre estas reglas, L. B. CURZON, *Criminal Law*, London, 1981, p. 102; J. C. SMITRH/Bryan HOGAN, *Criminal Law*, London, 1992, p. 202; Cecil Turner, *Russell on crime*, London, 1950, pp. 50 y ss. ; H. MAUDSLEY, *El crimen y la locura*, Valencia, s. d.).

6. CONTRADICCIONES DOGMÁTICAS

El tercer problema es una cuestión de contradicción en la construcción lógica del sistema: de exigirse el elemento subjetivo en la legítima defensa, el ilusionado **A** del primer caso actuaría antijurídicamente y, por ende, un tercero **C** podría impedirle su conducta objetivamente defensiva, pues no puede ser antijurídica la acción de impedir una acción típica y antijurídica dirigida a lesionar a otro.

Esta dificultad podría salvarse considerando que la conducta de **C**, que impide la acción objetivamente defensiva de **A**, sería típica de complicidad en la tentativa de homicidio del agresor **B**. De cualquier manera, habría allí una contradicción: la acción de **C** al impedir la conducta típica y antijurídica de **A**, sería conforme al derecho, pero al mismo tiempo sería típica y antijurídica, como complicidad en la tentativa de homicidio de **B**.

Otra hipótesis sería si **C**, que conoce que **B** está agrediendo a **A**, ayuda a éste en su defensa. Esa cooperación sería una complicidad, porque estaría cooperando con la conducta típica y antijurídica de **A**, salvo que se lo resuelva renunciando a la accesoriedad en la participación.

7. GRADO DE PRECISIÓN DE CONOCIMIENTOS

Al margen de estas dificultades, quienes postulan el requerimiento de ese elemento subjetivo, deberían determinar *con qué grado de precisión* el agredido debe reconocer la situación de defensa y la acción del agresor.

Se presentan supuestos en que esto no queda claro. Supongamos que en lugar de su enemigo **B** que le apunta con un arma, **A** ve a un vikingo que avanza sobre él con un hacha.

8. ¿ANIMUS, CONOCIMIENTO O AMBOS?

Para resolver este caso sería menester definir antes en qué consiste el elemento subjetivo que buena parte de la doctrina requiere en la legítima defensa. Si se pretende que lo que se exige es una motivación defensiva¹³ o una *disposición interna de defensa* (algo así como *animus* en sentido estricto), debería admitirse que **A** se defiende legítimamente. Si es elemento

¹³ Sobre los diferentes alcances de la exigencia subjetiva, Rudolf RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2013, p. 167. En general, no se cae en este extremo subjetivismo.

subjetivo no es una motivación, sino la *finalidad de defenderse de una agresión ilegítima*, se llegaría a la misma conclusión.

Si el elemento subjetivo fuese el *reconocimiento correcto de la situación de defensa*, o bien de la *finalidad de defenderse pero fundada en el reconocimiento correcto de la situación de defensa*¹⁴, sería más que dudoso que la conducta típica de **A** fuese una legítima defensa, porque la finalidad defensiva no se basaría en el conocimiento de la situación real de defensa, sino en el de otra, generada por el vikingo de su mundo psicótico.

9. LA ILUSIÓN ACERCA DE LA NECESIDAD DE LA DEFENSA

Tampoco se agotan aquí todos los problemas que plantea la exigencia del elemento subjetivo en la legítima defensa. Pensemos estos dos casos, suponiendo que **A** no tenga un bate de béisbol, sino un arma de fuego: (a) **A** percibe que **B**, en lugar del arma de fuego, tiene en su mano un pequeño cortapapeles del que lo puede privar con un simple manotazo. (b) Y el caso inverso, en que **A** percibe que **B** tiene en la mano un arma de fuego cuando en realidad tiene el pequeño cortapapeles.

En el caso (a) la defensa de **A** es objetivamente necesaria pero subjetivamente innecesaria; en el caso (b) la defensa de **A** es objetivamente innecesaria y subjetivamente necesaria.

La solución dependerá nuevamente de qué se entienda por elemento subjetivo de la legítima defensa: si se tratase de una motivación, **A** se defenderá legítimamente en ambos casos (a y b); si se tratase de la finalidad de defensa, también en ambos casos se defendería legítimamente (a y b), pero si se tratase de la *finalidad de defenderse fundada en un reconocimiento correcto de la situación de defensa*, no actuaría en legítima defensa en ninguno de los dos casos (ni en a ni en b).

10. PROBLEMAS CON EL ANIMUS EN SENTIDO ESTRICTO

Para *etizar* realmente la legítima defensa, se haría necesario considerar que el elemento subjetivo debe consistir en la *motivación defensiva* o en

¹⁴ Así parece entenderse en KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *Strafrecht, Allg. Teil*, Wien, 2012, p. 75; en igual sentido, Kristian KÜHL, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 2012, p. 127; Helmut FÜCHS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Wien, 2012, p. 195; Rolf SCHMIDT, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2011, p. 152. De *voluntad defensiva* hablan Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil*, Bacen-Baden, 2011, p. 149; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2011, p. 129.

un *animus defendendi*, tal como se postula para el desistimiento de la tentativa (no se releva el desistimiento cuando se motiva en que aparece otra víctima más rica).

En tal caso podría ser que el sujeto **A** de nuestro ejemplo, cuyo psicosis delirante hace que odie a **B** como autor de todos sus males y que reconozca la situación de defensa, si por ejemplo viese a **B** apoderándose de una cosa de escaso valor, pero aprovecha para golpearlo con el bate, objetivamente en defensa de su propiedad, pero en realidad porque lo odia sin ningún fundamento fuera de su mundo psicótico. En ese supuesto, la motivación no consistiría en un *animus defendendi*, sino *vindicanti*.

De no adoptarse este criterio, el requerimiento subjetivo aportaría poco a la *etización* de la conducta de quien se defiende, pues la venganza nunca es ética. No obstante, quienes requieren los elementos subjetivos prefieren admitir la legítima defensa en este caso¹⁵.

II. REFLEXIÓN GENERAL

Si bien creemos que el rechazo de los elementos subjetivos de la justificación y en particular en la legítima defensa se impone por razones vinculadas a la función misma del derecho penal, es innegable que al asumir una posición objetivista también nos ahorramos una serie de dificultades de ardua solución, del que el supuesto de las ilusiones psicopatológicas no es más que una muestra. Si bien estas dificultades no son suficientes por sí mismas para justificar el rechazo del elemento subjetivo en la legítima defensa, su relevamiento contribuye a reforzarlo.

¹⁵ Cfr. Helmut FRISTER, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2011, p. 288.

CAPÍTULO II.
DERECHO PENAL / PARTE ESPECIAL

Análisis comparado del delito de blanqueo de dinero en Paraguay y España*

Miguel Abel Souto

Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal

Económico y de la Empresa

Catedrático acr. de Derecho penal

Universidad de Santiago de Compostela



HE ELEGIDO PARA MI PEQUEÑA CONTRIBUCIÓN al mercedísimo homenaje a D. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE poner por escrito mi ponencia del III congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa, celebrado en Asunción, sobre el blanqueo, tema por él magistralmente tratado, porque el profesor BERDUGO ha sido un gran difusor del Derecho penal en toda América y Asunción, Madre de Ciudades, también ha desempeñado un papel fundamental en la propagación de la hispanidad desde el corazón geográfico de América del Sur, Paraguay.

En Paraguay, como en los otros países de Iberoamérica y en el resto del mundo¹, debe criticarse la expansión del castigo del blanqueo, que comienza, siguiendo la tendencia internacional, vinculado al narcotráfico,

* Este capítulo se integra en el proyecto RTI2018-6H-093931-B-I00 (AEI/FEDER, UE), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), Programa operativo FEDER 2014-2020 «Una manera de hacer Europa».

¹ *Vid.* ABEL SOUTO, M., «La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Alemania, Ecuador, los Estados Unidos, Méjico y Perú», en ABEL SOUTO, M./BERRUEZO, R./CELORIO VELA, A./ROJAS TORRICO, Y. (coords.), Derecho penal económico y de la empresa, tomo I de la colección de libros de actas de los congresos de la Asociación Iberoamericana de Derecho penal económico y de la empresa,

tras ratificarse la Ley 16/90 de la Convención de Viena, incluso como una exigencia constitucional, pues el art. 71 de la Constitución de 20 de junio de 1992 obliga a reprimir «los actos destinados a la legitimación del dinero» procedente de «la producción y el tráfico ilícitos de las sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas»², mandato que se concreta en la Ley n.º 1015/97 que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes, aprobada el 24 de octubre de 1996, sancionada el 3 de diciembre y promulgada el 10 de enero de 1997³, cuyos arts. 3 y 4 fueron derogados muy poco después por el art. 196 del Código penal, aprobado por la Ley 1160/97, de 26 de noviembre de 1997, que entró en vigor el 28 de noviembre de 1998⁴ y continuó considerando como hechos previos los crímenes, los delitos perpetrados por una banda criminal o grupo terrorista y el tráfico de estupefacientes o drogas peligrosas, aunque cambió la alusión a las bandas y grupos terroristas por «un hecho punible realizado por un miembro de una asociación criminal prevista en el artículo 239» y los delitos relativos al narcotráfico se convirtieron en los señalados en los arts. 37 a 45 de la Ley 1340/88⁵ e intentó contener la tendencia expansiva del castigo del blanqueo al eliminar las conductas de adquisición, conversión y transferencia, al cambiar la sanción genérica de todas las modalidades culposas por el mero castigo del desconocimiento por negligencia grave de la procedencia⁶ y rebajar la pena penitenciaria de 2 a 10 años por pena privativa de libertad de hasta 5 años o multa, aunque para la actuación comercial o en banda formada para la comisión continuada del lavado podrá elevarse hasta los 10 años. Posteriormente, la Ley 3440, de 16 de julio de 2008⁷, que entró en vigor un año después⁸, modificó el art. 196 del Código penal para expandir los hechos previos del blanqueo a la rufianería (art. 129 a); la trata de personas con fines de

Centro Mejicano de Estudios en lo Penal Tributario, Ciudad de Méjico, 2018, pp. 9-103.

² Constitución de la República del Paraguay, en www.digesto.senado.gov.py, p. 40 [agosto de 2021].

³ Cfr. www.digesto.senado.gov.py, p. 9 [agosto de 2021].

⁴ Cfr. PEDA DEL PUERTO, R., «El análisis del art. 196 del Código penal. Lavado de dinero», en www.peda.com.py, p. 2 [agosto de 2021].

⁵ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Código penal de la República del Paraguay, Ley n.º 1160/97, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, Asunción, 2001, p. 116.

⁶ La pena del blanqueo imprudente se limita, a diferencia de la regulación anterior, a prisión de hasta 2 años o multa.

⁷ Cfr. FERNÁNDEZ ZACUR, J.M., «El ilícito precedente al lavado de dinero en el Derecho penal paraguayo», en *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, n.º 8, 2019, p. 43.

⁸ Cfr. PEDA DEL PUERTO, R., *op. cit.*, p. 2.

explotación sexual (129 b), personal y laboral (129 c); el proxenetismo (139); la violación de los derechos de autor (184 a), marca (184 b) o sobre dibujos y modelos industriales (184 c); extorsión, tipo básico (185) y agravado (186), estafa básica (187) y mediante sistemas informáticos (188), lesión de confianza (192) y usura (193); procesamiento ilícito de desechos (200); ingreso de sustancias nocivas en el territorio nacional (201); cohecho pasivo básico (300) y agravado (301), soborno, tipo básico (302) y agravado (303); prevaricato (305); la fabricación, tráfico, ensamblaje, suministro o adquisición de armas de fuego, sus componentes, municiones o explosivos sin licencia, su fabricación o ensamblaje a partir de componentes o partes ilícitamente traficadas y la omisión de la marcación del arma al fabricarla así como el contrabando⁹. También se cambia la referencia que existía al delito antecedente en el art. 196 como «hecho punible» por un «hecho antijurídico» y se añade un apartado décimo que reconoce la autonomía del blanqueo, el cual no requiere para su persecución «sentencia sobre el hecho antijurídico subyacente»¹⁰. Finalmente, de momento, la Ley 6452/2019, sancionada el 21 de noviembre, promulgada el 29 de noviembre y publicada el 2 de diciembre¹¹, amén de cambiar en la rúbrica del art. 196 lavado de «dinero» por «activos» y eliminar la referencia entre los delitos antecedentes a los arts. 129 b y c sobre trata de personas, amplía

⁹ Vid. *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*, n.º 160, de 20 de agosto de 2008.

¹⁰ El art. 196 del Código penal paraguayo se inspira manifiestamente en el §261 del *StGB* alemán, en su redacción anterior a la reforma publicada el 17 de marzo de 2021, que abandonó el sistema del catálogo de delitos previos, el cual le obligaba a la modificación constante, y lo cambió por la genérica referencia a un hecho antijurídico, aunque a diferencia de la anterior versión del Código penal alemán no admitía como hechos previos el robo, la receptación, el delito fiscal, la falsificación de tarjetas de pago, cheques, letras de cambio, documentos y de pruebas relevantes, la organización de juegos clandestinos, la emisión de certificaciones falsas, determinados delitos cometidos profesionalmente o por miembros de una banda formada para su perpetración continuada, según las leyes de residencia, asilo, comercialización de títulos valores, garantía de calidad y la ordenanza tributaria. Parte de estas diferencias desaparecen con la reforma paraguaya de 2019. Sobre el § 261, el más modificado *StGB* alemán, *vid.* ESCOBAR BRAVO, M.E., «El blanqueo de dinero en Alemania: legislación y jurisprudencia», en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), VI congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 309-346; DE LA MISMA AUTORA, «El delito de blanqueo de dinero en Alemania tras la reforma penal 2021», en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

¹¹ Vid. *Ley n.º 6465 que modifica varias disposiciones de la Ley n.º 1160/1997 «Código penal» y su modificatoria la Ley n.º 3440/2008*, en *Gaceta Oficial* n.º 235, 2 de diciembre de 2019, pp. 10-14.

las conductas típicas a la conversión y transferencia y expande los hechos previos a la promoción fraudulenta de inversiones (art. 191 a), la manipulación de mercados (delito que crea en el nuevo art. 191 b), la producción de documentos no auténticos (246), la evasión de impuestos (261, pero según el 196.11 no será punible el autoblanqueo por ocultación de la evasión de impuestos ni el blanqueo imprudente por desconocimiento del origen respecto a la evasión), la adquisición fraudulenta de subvenciones (262), la producción de moneda no auténtica (263) y los novedosos delitos, que también crea, de cohecho (268 b) y soborno privados (268 c). Igualmente se cambia la referencia al art. 81, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley 1910/02 «De armas de fuego, municiones y explosivos» por los arts. 94 a 104 de la Ley 4036/10 «De armas de fuego, sus piezas y componentes, municiones y explosivos, accesorios y afines», además de mencionarse expresamente los delitos previstos en la Ley 2523/04 sobre enriquecimiento ilícito, aunque ya resultaban incluidos antes como crímenes al castigarse con prisión de 1 a 10 años, el delito del art. 227 e) de la Ley 5810/2017 del mercado de valores, así como el soborno y cohecho transnacional.

Respecto a España, a modo de ejemplo de «la regulación cada vez más expansiva»¹², se puede señalar lo ocurrido con los hechos previos: la LO 1/1988, de 24 de marzo, tipificó «por primera vez»¹³, como puso de manifiesto el profesor BERDUGO, el delito de blanqueo circunscrito exclusivamente al narcotráfico, tras la perturbadora reforma de 23 de diciembre de 1992, con los «problemas interpretativos»¹⁴ de una duplicada regulación, el Código penal de 23 de noviembre de 1995 amplió las infracciones antecedentes a los delitos graves¹⁵, poco después la LO 15/2003, de 25 de noviembre, expandió los hechos previos a cualquier delito¹⁶; luego la reforma de 22 de junio de 2010 creó, sorprendentemente¹⁷, como recuerda el

¹² FERRÉ OLIVÉ, J.C., Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 357.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J.M./FERRÉ OLIVÉ, J.C./CORTÉS BECHIARELLI, E./NÚÑEZ PAZ, M.A. (dirs.), Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 118.

¹⁴ LORENZO SALGADO, J.M., «El proyecto de Código penal de 1992 y los delitos relativos a drogas: una valoración crítica», en Drogodependencias, I Introducción, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, p. 105, nota 38.

¹⁵ Vid. ABEL SOUTO, M., Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el Ordenamiento penal español, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2020, pp. 268-276.

¹⁶ Cfr. MATA BARRANCO, N. J. DE LA, Derecho penal europeo y legislación española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 127-130.

¹⁷ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *op. cit.*, p. 131.

homenajeados en este libro, nuevos tipos agravados cuando los bienes procedan de algunos delitos contra la Administración pública, los relativos a la ordenación del territorio o el urbanismo¹⁸, la LO 1/2015, de 30 de marzo, además de llevar a cabo una «profunda revisión»¹⁹ del decomiso, expandió el campo de los hechos previos del blanqueo a las antiguas faltas²⁰, convertidas mayoritariamente en delitos leves, y por último, de momento, la LO 6/2021, de 28 de abril, transforma los anteriores tipos básicos en agravados cuando los bienes tengan su origen en la trata de seres humanos, la prostitución y explotación sexual, la corrupción de menores y en los negocios, los delitos contra los ciudadanos extranjeros y cuando los obligados por la normativa de prevención blanqueen en el ejercicio de su profesión.

En definitiva, una larga lista de modificaciones sobre el blanqueo que vulnera la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* y atenta contra la seguridad jurídica.

Aunque la expansión del castigo del blanqueo, según denuncié hace poco²¹, no es un problema exclusivamente paraguayo ni español sino que afecta a todo el mundo. Cuando se habla de expansión del castigo del blanqueo de dinero se acude a un símil: así como el universo se creó, según se dice, con el Big Bang y desde entonces se está expandiendo constantemente así también los tipos penales del blanqueo de dinero desde su aparición se vienen ampliando incesantemente²².

Pero antes de abordar la necesaria interpretación restrictiva de los tipos expansivos del blanqueo de dinero conviene detenerse en la cuestión terminológica. La reforma española de 22 de junio de 2010 alteró, en el

¹⁸ Cfr. BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo de capitales, 4.ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 363-365.

¹⁹ LORENZO SALGADO, J. M., «Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional», en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N., VI congreso..., *cit.*, p. 584.

²⁰ Vid. ABEL SOUTO, M., «La expansión, operada por la Ley orgánica 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas», en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), V congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 157-187.

²¹ Vid. ABEL SOUTO, M., «The expansion of the punishment for money laundering», en 18th World Congress of Criminology, 15 a 19 de diciembre de 2016, Nueva Delhi, pp. 1-7; DEL MISMO AUTOR, «Admission of guilt in economic crimes, money laundering and criminal responsibility of legal persons», ponencia pronunciada en Ekaterimburgo, el 13 de febrero de 2020, XVII international research to practice conference Kovalyov readings. Legal reconciliation: compromise or concession?, en *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, volume 420, 2020, pp. 14-18.

²² Vid. ABEL SOUTO, M., La expansión penal del blanqueo de dinero, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, Méjico, 2016.

título XIII del libro II, la rúbrica del capítulo XIV, que encabeza los arts. 298 a 304 del Código penal, de manera que en el anterior rótulo «De la receptación y otras conductas afines» se sustituyeron las tres últimas palabras por «el blanqueo de capitales», locución que luego ni se precisa, ni es definida, ni se emplea en el tipo penal. La expresión «blanqueo de capitales» constituye un antitético híbrido de imprecisión y exactitud, ya que supone un contraste entre el laxismo técnico jurídico que entraña el primer término y la precisión que se pretende con el segundo. Aparte de que la mayor precisión de las palabras «capitales», «bienes» y «activos» frente al «dinero» para designar el objeto material del delito no deja de ser una pretensión, puesto que según el diccionario académico dinero equivale a «hacienda» o «fortuna»²³, esto es, conjunto de bienes, y para MARÍA MOLINER dinero es tanto como «cosa de valor»²⁴, sin olvidarse de que para la Real Academia solo existe el dinero negro, pero no los bienes o capitales negros ni sucios. Incluso aparece la mención al dinero en la rúbrica del § 261 del *StGB* alemán (*Geldwäsche*), sin que ello fuese óbice para que la doctrina germana mantuviese que no solo se podría blanquear dinero, pues, a modo de ejemplo, en palabras de RUß, «en contra del tenor literal de la designación típica el objeto del blanqueo de dinero no está limitado a recursos monetarios»²⁵, sino que se toman en consideración todos los valores u objetos patrimoniales. Hasta en China se refieren al «dinero» para aludir a este fenómeno, pues en la palabra 洗钱 (xǐqián) la primera parte significa «lavado» y la segunda «dinero». En suma, mucho más adecuado hubiese sido que la reforma española de junio de 2010 uniese al vocablo «blanqueo» la voz «dinero», en la medida en que el mencionado término constituye el menos antitético y el más extendido de los que se emplean para designar el objeto material²⁶. En este sentido la Real

²³ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, Espasa Calpe, Madrid, 2001, vigésima segunda edición, voz «dinero», segunda acepción; Diccionario esencial de la lengua española, Real Academia Española, Espasa Calpe, Madrid, 2006, voz «dinero», segunda acepción.

²⁴ Diccionario de uso del español, Gredos, Madrid, 2007, 3.ª ed., voz «dinero».

²⁵ RUß, W., «Kommentar zum § 261 StGB», en *StGB Leipziger Kommentar. Großkommentar*, Walter de Gruyter, Berlin, 1994, 11. neubearbeitete Auflage, p. 325, marginal 7, traducido al castellano por Miguel Abel Souto bajo el título «Comentario al parágrafo 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero», en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, n.º 1, 1997, p. 183, marginal 7.

²⁶ Sobre la cuestión terminológica *vid.* el primer capítulo de la monografía ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, *Servicio de publicaciones e intercambio científico*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2002, pp. 23-40 y 270.

Academia Española, en la última actualización de su diccionario, constata la incorrección lingüística de la rúbrica «blanqueo de capitales» al desterrar tal locución de nuestro léxico y sustituirla por la expresión «blanqueo de dinero»²⁷.

En Paraguay con plena corrección lingüística tanto la rúbrica del art. 3 de la Ley 1015/96 como del artículo 196 del Código penal, aprobado por la Ley 1160/97 y modificado por la Ley 3440/2008, aludían al «lavado de dinero»; sin embargo, la reforma del Texto punitivo, publicada el 2 de diciembre de 2019, abandonó «la denominación más apropiada, congruente y castiza»²⁸ al cambiar la rúbrica del art. 196 por «lavado de activos», con lo que generó un antitético híbrido de imprecisión, exactitud, incorrecto en la lengua castellana, además de una incoherencia con el contenido del artículo, en el que no aparece ni el verbo lavar ni el objeto material activos.

En cuanto a las manifestaciones expansivas del castigo del blanqueo referentes a los hechos previos en España, ya la LO 5/2010, en el inciso inicial que contiene el art. 301.1, respecto al requisito relativo al conocimiento de que los bienes tengan su origen «en un delito», cambió estas palabras por la «imprecisa»²⁹ fórmula «en una actividad delictiva», locución a la cual se atribuyó un afán expansivo y, en principio, mayor amplitud que al anterior sustantivo «delito»³⁰, pues parecía permitir la inclusión de las faltas en los hechos previos del blanqueo, lo que supondría «una enorme ampliación del ámbito de este delito»³¹, rechazable categóricamente, ya que el control económico y social que implicaría el castigo del blanqueo sería excesivo, por lo que se había dicho que «no hay que prever que la

²⁷ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, Avance de la vigésima tercera edición, voz «blanqueo», en <http://www.lema.rae.es/drae/?vol=blanqueo>, marzo de 2014, vigésimotercera edición, edición del tricentenario, Espasa Libros, Barcelona, octubre de 2014.

²⁸ FERNÁNDEZ ZACUR, J.M., «El lavado de dinero en las legislaciones paraguayana, brasileña y estadounidense. Análisis de Derecho comparado», en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N., VIII congreso..., *cit.*, apartado 3.

²⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 282 y 288.

³⁰ *Cfr.* FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales», en *Diario La Ley*, n.º 7657, 2011, p. 6; DEL MISMO AUTOR, «Blanqueo de capitales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (COORD.), *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 318, 319 y 324, marginales 2934, 2936 y 2968.

³¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 557.

modificación tenga más trascendencia que la nominalista»³² y que el cambio carecía de «relevancia»³³. En efecto, aun cuando los nuevos términos «actividad delictiva» constituyesen una perturbadora mención que podía abrir la caja de Pandora de la que saldrían todos los males de la expansión del blanqueo, las faltas, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, debían excluirse de los hechos previos sobre la base de una interpretación literal, histórica³⁴ y sistemática³⁵. También se vulneraría en caso contrario la consideración del Derecho penal como *ultima ratio*³⁶ al invertirse paradójicamente las relaciones del Derecho penal con el administrativo³⁷, discrepancia entre la legislación preventiva y represiva³⁸ que generaría una

³² CORCOY BIDASOLO, M., «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, p. 168.

³³ FARALDO CABANA, P., «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», en *Estudios Penales y Criminológicos (EPC)*, vol. XXXIV, 2014, p. 54.

³⁴ Cfr. LORENZO SALGADO, J.M., «El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el tráfico de drogas», en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N., III congreso..., *cit.*, pp. 228 y 229, nota 15.

³⁵ Vid. ABEL SOUTO, M., «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio», en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario (LP)*, n.º 79, 2011, pp. 12 y 13; DEL MISMO AUTOR, «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 72 y 73 y bibliografía allí citada.

³⁶ Vid. MANACORDA, S., «La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnés du système», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 2, 1999, p. 258.

³⁷ Cfr. LORENZO SALGADO, J.M., «Prólogo», en ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 18.

³⁸ Sobre la tortuosa relación del Derecho penal y el administrativo en sede de blanqueo vid. ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero...*, *cit.*, pp. 241 y 242; DEL MISMO AUTOR, «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo», en *LP*, n.º 20, 2005, pp. 24 y 25; DEL MISMO AUTOR, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 240-246; DEL MISMO AUTOR, «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español», en EL MISMO AUTOR/SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), I congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 203; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 191; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, p. 387; GÓMEZ INIESTA, D., en ARROYO ZAPATERO, L. y otros (dirs.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 667; PALMA HERRERA, J.M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, p. 335.

«disfuncionalidad»³⁹, pondría en peligro la seguridad jurídica y quebrantaría el principio de intervención mínima. Por último, debía descartarse la inclusión de las faltas en los hechos previos del delito de blanqueo porque vulnera el principio de proporcionalidad, limita la eficacia de la norma⁴⁰ e incrementa los costes sociales⁴¹ de forma intolerable. Sin embargo, la LO 1/2015 convirtió la mayoría de las faltas en delitos leves, de manera que el euro procedente de una anterior falta de estafa, ahora delito leve según el art. 249, constituye objeto material susceptible de blanqueo. Con todo, debe descartarse aquí el castigo del blanqueo en virtud del principio de insignificancia.

El mismo problema se da en Paraguay, pues, aunque sigue un sistema tasado de hechos previos, el art. 196.1.º.1 del Código penal menciona el art. 187, que castiga la estafa, como hecho previo susceptible de blanqueo, y el art. 187 no distingue entre delito y falta o contravención de estafa, pero puede resolverse mediante la remisión que el art. 187.4 hace al 172 y declarar aplicable a la estafa lo previsto para el hurto y la apropiación, que dependa de la víctima la persecución cuando el valor del objeto material sea menor de 10 jornales, salvo que el ministerio público considere que «un interés público especial requiera la persecución de oficio».

De otro lado, en España si a la sanción del autoblanqueo se le añade el castigo de la posesión y el uso así como la ampliación de los hechos previos a las antiguas faltas operada por la Ley orgánica 1/2015⁴², ahora convertidas mayoritariamente en delitos leves, cometería un nuevo delito el que tiene una bufanda de 5 euros que ha hurtado, falta convertida ahora en delito leve según el art. 234.2, y el que usa un viejo ciclomotor, de muy escaso valor, por él sustraído, pues la antigua falta se ha transformado en el delito leve de hurto de uso sin cuantía del art. 244.1. Para evitar un *bis in idem* debería interpretarse el tipo en el sentido de que la posesión por los autores o partícipes en el hecho precedente únicamente puede castigarse como blanqueo cuando no quepa sancionarlos por el delito previo. Así lo puso de relieve el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL respecto a los autores o cómplices de delitos patrimoniales y socioeconómicos para

³⁹ CARPIO DELGADO, J. DEL, «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal», en *Revista Penal*, n.º 28, 2011, p. 16.

⁴⁰ Cfr. FLICK, G.M., «Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP)*, n.º 4, 1992, p. 1293.

⁴¹ Cfr. FLICK, G.M., «La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive», en *RIDPP*, n.º 4, 1990, 1264.

⁴² Vid. ABEL SOUTO, M., «La expansión, operada por la Ley orgánica 1/2015...», *cit.*, pp. 157-187.

salvar la proscripción constitucional de *bis in idem*, aunque el argumento solo sirve para la posesión, al formar parte de la consumación en estos delitos⁴³, pero no para la utilización de bienes, que provocaría un concurso real de delitos⁴⁴. Con todo, cabe excluir del tipo tanto la utilización como otra clase de posesiones distintas a las indicadas sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico, pues, como advierte el profesor BERDUGO, «si el blanqueo no implicara alguna clase de lesividad específica, no estaría justificada su expresa penalización»⁴⁵.

A pesar de que en Paraguay el art. 196 del Código penal admite que el responsable de la infracción antecedente sea potencial autor del blanqueo posterior, afortunadamente este problema no se da porque ni se castiga la mera posesión, ni el hurto es hecho previo catalogado como delito susceptible de blanqueo y por su pena, que no supera los 5 años, no puede considerarse crimen, ni la utilización de vehículos de motor ajenos está catalogada en el 196, aunque también en Paraguay las dificultades que presenta el castigo el autoblanqueo son evidentes y tan solo una ha sido resuelta por la reforma de 2019: la impunidad del autoblanqueo por ocultación en la evasión de impuestos.

También en Paraguay el art. 196 castiga tanto la simple obtención y guarda como la mera utilización.

No obstante, el tipo penal del blanqueo alcanzaría en España, en principio, al transportista que le hace la mudanza a alguien y ve entre las cosas la mencionada bufanda hurtada con el dispositivo de seguridad y al guardarropa que se queda al cuidado de ella, de manera que se produciría tanto un control social excesivo como una posible paralización de la vida económica. Con todo, deben descartarse estas conductas del tipo mediante una interpretación restrictiva que exija, conforme al principio de insignificancia, una entidad relevante del valor de los bienes y de la contraprestación así como la limitación teleológica relativa a que los comportamientos sean idóneos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico.

⁴³ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, aprobado en su sesión de 18 de febrero de 2009, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R./MATELLANES RODRÍGUEZ, N.P./FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (compiladores), XXI Congreso universitario de alumnos de Derecho penal, Ratio legis, Salamanca, 2009, p. 104.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *op. cit.*, p. 121.

Igualmente, en España desde la Ley orgánica 1/2015 entre los delitos contra la propiedad intelectual figura en el art. 270.4 la venta ambulante u ocasional de cederrones, lo que antes representaba una mera falta, y su compra, que era impune, ahora constituiría, en principio, blanqueo por adquisición o debido a la posterior posesión; respecto a los delitos contra la propiedad industrial la venta ambulante u ocasional también pasa a ser delito leve, según el art. 274.3, con lo que la compra de un bolso de marca falsificada, antes impune, ahora podría calificarse de blanqueo por adquisición o posesión, debido a la posterior posesión. Mas todos estos casos deben descartarse del tipo en virtud de una interpretación teleológica, pues no existe un tráfico financiero y económico legal de cederrones piratas o bolsos falsos.

Idéntico problema surge en Paraguay, pues tanto la violación de derechos de autor (art. 184 a) como la violación de derechos de marca (184 b) son hechos previos del blanqueo desde 2008 y estos delitos existen con independencia de la cuantía de los derechos de autor o marca lesionados, así el que compre o guarde un CD pirata o un bolso falso será, en principio, blanqueador por obtención o guarda; pero igualmente estos casos deben descartarse del castigo del blanqueo por una interpretación restrictiva y teleológica, dada la irrelevancia del valor de los bienes y la inidoneidad de las conductas para «afectar al orden económico»⁴⁶, para introducir bienes ilícitos en el tráfico financiero y económico legal o también se puede exigir, de conformidad con la rúbrica del capítulo IV, relativo a «hechos punibles contra la restitución de bienes», que alberga el art. 196, la idoneidad de los comportamientos para impedir la restitución.

En cuanto a la utilización, a partir de la reforma española de 22 de junio de 2010, a diferencia de la regulación anterior que no incriminaba la mera utilización de bienes procedentes de un delito, en principio, el art. 301.1 del Código penal español, sorprendentemente, alcanza, como el § 261 II n.º 2 del *StGB* alemán, al que escriba un texto en un ordenador sustraído⁴⁷. Pero mucho más asombra que desde la Ley orgánica 1/2015, la cual convierte en delito leve la antigua falta de hurto, según el art. 234.2, sea blanqueador el que escriba algo con un bolígrafo sustraído. También en Paraguay se castiga en el art. 196.2.º.2 el blanqueo de dinero por mera utilización respecto a los hechos previos catalogados.

⁴⁶ FERNÁNDEZ ZACUR, J.M., «El ilícito precedente...», *cit.*, p. 47.

⁴⁷ *Vid.*, críticamente, LAMPE, E.-J., «Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)», en *Juristen Zeitung*, n.º 3, 1994, traducido al castellano por Miguel Abel Souto y José Manuel Pérez Pena, bajo el título «El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XX, 1997, p. 130.

Sin embargo, el tipo penal paraguayo y español contra el blanqueo, al igual que el alemán, debe ser «restringido teleológicamente»⁴⁸, lo cual fuerza a excluir del art. 301 del Texto punitivo, por razones de atipicidad, todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, como los «montantes en céntimos»⁴⁹, en virtud del principio de insignificancia⁵⁰ de «intervención mínima»⁵¹. El mismo principio de insignificancia resulta aplicable a los actos básicos de consumo, prestaciones de servicios o ventas de mercancías en los negocios vitales cotidianos⁵², dada la importancia de que se pueda transmitir el dinero recibido y utilizar las mercancías compradas⁵³. Si no desterrásemos del tipo conductas dirigidas a sustentar la vida, al autor previo que solo dispusiese de dinero originado por un delito «prácticamente se le prohibiría la satisfacción de necesidades de importancia vital»⁵⁴ y, con ello, la propia subsistencia⁵⁵. Además, se quebrantaría el «principio de confianza»⁵⁶ y se estaría obligando a cualquier potencial oferente de bienes o servicios «ora a renunciar a la liquidación de cuentas con dinero incontrolado ora a abstenerse del tráfico mismo»⁵⁷, lo cual limita tanto los derechos económicos del ciudadano que suscita serias dudas de

⁴⁸ VOGEL, J., «*Geldwäsche – eine europaweit harmonisierter Straftatbestand?*», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 2, 1997, p. 356.

⁴⁹ BOTTKE, W., «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania», traducido al castellano por Soledad Arroyo Alfonso y Teresa Aguado Correa, en *Revista Penal*, n.º 2, 1998, p. 11.

⁵⁰ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., «Lavado de activos y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado», en ROXIN, C., Homenaje. Nuevas formulaciones en las Ciencias penales, Lerner, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, p. 625.

⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 565.

⁵² Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, pp. 184, 247 y 248.

⁵³ Cfr. LAMPE, E.-J., *op. cit.*, pp. 131 y 132.

⁵⁴ BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261StGB)*», en *Strafverteidiger*, n.º 3, 1993, p. 161.

⁵⁵ Cfr. BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo L, fascículo único, enero-diciembre 1997, p. 272.

⁵⁶ GALLEGO SOLER, J.I./CARPIO BRIZ, D., «Delito de blanqueo de capitales (arts. 301-304)», en CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), Manual de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial. (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de reforma del Código penal). Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 500.

⁵⁷ BOTTKE, W., «*Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche*», en *Wistra*, n.º 4, 1995, p. 122.

constitucionalidad⁵⁸ y vulnera el «tráfico negocial sin fricciones y leal»⁵⁹. En palabras del profesor BERDUGO, ofreciendo directrices sobre la forma más adecuada de castigar este fenómeno, únicamente cuando el blanqueo ostente «ciertos caracteres cualitativos y cuantitativos puede hablarse con propiedad de un ilícito autónomo»⁶⁰.

En punto a la conversión, también en España la Ley orgánica 1/2015 transforma la antigua falta de alteración mínima del curso de las aguas en delito, según el art. 247.2, de manera que el invitado que come la lechuga regada con el agua de un riachuelo público o privativo, a sabiendas de tal riego, en principio, será blanquedor por conversión, al transformar la ensalada en glucógeno para que su cuerpo la pueda asimilar. Igualmente, la anterior falta de alteración de lindes o mojones con utilidad inferior a 400 euros pasa a ser, desde la Ley orgánica 1/2015, un delito, conforme al art. 246.2, de modo que todos los que coman el caldo de las coles sembradas en el surco «apropiado», conscientes de ello, serán blanqueadores por conversión. Con todo, estos casos deben excluirse del delito de blanqueo en virtud del principio de proporcionalidad.

Desde la reforma de 2019 un problema semejante surge en Paraguay al reintroducirse, con una política criminal «errática»⁶¹, mal común en los procesos legislativos sobre esta materia, el castigo de la conversión, que ya formó parte de su primera regulación sobre el blanqueo, aunque las dificultades se minimizan al no ser las infracciones mencionadas hechos previos catalogados, pero surgen problemas similares, pues en Paraguay el abigeato es un crimen, ya que el art. 163 castiga con pena privativa de libertad de hasta 10 años al que hurta una o más cabezas de ganado mayor o menor. De manera que si en un pueblo a una vecina le desaparece un cerdito, ganado porcino menor, los que vayan al restaurante de esa localidad y les ofrezcan cochinitillo como plato del día, si no se aseguran de que el gorrino nada tiene que ver con el desaparecido, y lo coman, serían en principio blanqueadores en la modalidad de conversión por desconocimiento, con negligencia grave, de la procedencia del lechón. Sin embargo,

⁵⁸ Cfr. BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados...», *cit.*, p. 290.

⁵⁹ ARZT, G./WEBER, U./HEINRICH, B./HILGENDORF, E., *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, 3. Auflage, Gieseking, Bielefeld, 2014, § 29, «Geldwäsche, § 261», marginal 24.

⁶⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *op. cit.*, p. 139.

⁶¹ LORENZO SALGADO, J.M., «El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las Directivas de 2018», en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 439.

también aquí el principio de proporcionalidad excluye el castigo de lavado de dinero.

Finalmente, por fortuna el legislador paraguayo todavía no ha sucumbido a la tentación de agravar la pena del lavado de dinero según los delitos que originen los bienes, a diferencia del legislador español, que incrementa el castigo del blanqueo cuando los bienes proceden del narcotráfico, desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, de algunos delitos contra la Administración pública y los relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo⁶², tras la reforma de 22 de junio de 2010, o de la trata de seres humanos, la prostitución y explotación sexual, la corrupción de menores y en los negocios y los delitos contra los ciudadanos extranjeros, según la Ley orgánica 6/2021, de 28 de abril, agravaciones carentes de fundamento político-criminal y contrarias a la autonomía del blanqueo⁶³ cuya incoherencia ya fue denunciada antes de esta última reforma por el profesor BERDUGO⁶⁴.

⁶² Vid. NÚÑEZ PAZ, M.A., «El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos», en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N., III congreso..., *cit.*, pp. 267-279; DEL MISMO AUTOR, «Cuestiones relativas a la transposición de la llamada «quinta Directiva» en relación al tipo agravado de blanqueo de bienes procedentes de la corrupción y las personas con presencia política y funciones públicas», en ABEL SOUTO, M./LORENZO SALGADO, J.M./SÁNCHEZ STEWART, N., VIII congreso..., *cit.*, *passim*.

⁶³ Vid. ABEL SOUTO, M., «Los nuevos tipos agravados del blanqueo de dinero introducidos en España por la Ley orgánica 6/2021, de 28 de abril», en *Revista Derecho Penal Central*, 2021, pp. 1-13.

⁶⁴ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *op. cit.*, p. 139.

El limitado castigo de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos urbanísticos: ¿hasta cuándo?

María Acale Sánchez
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Cádiz



I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO «medio ambiente» y sus relaciones con la salud pública y la ordenación del territorio y los principios de *ultima ratio*, proporcionalidad e igualdad reflexionaba en 1992 el Prof. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE¹. Aquel artículo constituía uno de los capítulos del libro editado por Trotta y coordinado por mi maestro, Juan Terradillos, titulado *El delito ecológico* que se convirtió en mi libro de cabecera durante la etapa de la elaboración de la tesis doctoral². Por eso hoy he querido recordarlo con el convencimiento de que, de no haberse publicado aquel libro en aquel preciso momento, la regulación que ofreció el Código penal de los delitos medio ambientales en 1995 hubiera sido mucho más parca.

Y así, la decisión político criminal tomada por el legislador en 1995 de dedicar un título específico –el XVI– en el Código penal a los delitos sobre

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico protegido», en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *El delito ecológico*, ed. Trotta, 1992, pp. 41 y ss.

² Publicada en 1997 por la editorial Cedecs bajo el título *Delitos urbanísticos*. La amplia reforma llevada a cabo por el legislador en 2010 dio lugar a la publicación en la editorial Bosch en 2011 de mi trabajo ACALE SÁNCHEZ, *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*.

la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente fue alabada por parte de la doctrina que veía en dicho gesto la intención de dotarlos de autonomía de la salud pública que –por una u otra vía–, aparecía como referente del viejo delito ecológico del art. 347 bis.

La posterior subdivisión llevada a cabo dentro del Título XVI en cinco capítulos, en los que se ubicaban la ordenación del territorio –y, posteriormente, «el urbanismo»³–, el patrimonio histórico, el medio ambiente y la flora y la fauna y que se cerraba con un capítulo de «disposiciones comunes», venía a robustecer la premisa de partida: se trata de bienes jurídicos independizados de la salud pública⁴, que están relacionados entre sí y cuya suma da soporte a la calidad de vida.

Pasado el primer momento de euforia de la entrada en vigor del Código de 1995, al poco tiempo, la doctrina vino a resaltar las diferencias existentes en la protección ofrecida: entre ellas, las cuestiones relativas a la autoría no pasaron desapercibidas. En efecto, entonces se llamó la atención sobre la diferente técnica legislativa empleada por el legislador para identificar a los sujetos activos del delito. Así, si se dejan a un lado los paralelismos existentes entre los arts. 320, 322 y 329, en los que se castiga a un funcionario público o autoridad por conductas que pueden ser calificadas de *trillizas*⁵, llamaba la atención el hecho de que el legislador hubiera optado por identificar –y acotar– el sujeto activo en el art. 319, estableciendo que debía tratarse de un *promotor, técnico director o constructor*, mientras que en los arts. 321 y 325 se utilizaba la fórmula común para referenciar a los sujetos activos en los delitos comunes: «*los que*» y «*el que*», respectivamente⁶. Eso sí: los tres preceptos venían a imponer como pena principal, junto a las privativas de libertad y de multa, la de inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio.

³ Que apareció en la rúbrica del Título y del Capítulo tras la reforma operada por la LO 5/2010.

⁴ En este sentido, hasta llegar a la regulación actual, las sucesivas reformas que ha venido sufriendo la regulación de los delitos ecológicos en nuestro ordenamiento jurídico han venido dando una serie de giros considerables, hasta el punto de que hoy vuelve a tener una enorme relevancia la salud de las personas en la regulación del actual art. 325.

⁵ Las conductas típicas en esos preceptos no coinciden si quiera ahora que tras la reforma operada por la LO 5/2010, se llevó a cabo una ampliación de las castigadas en el art. 320, acercándolas a las previstas en el art. 329. Sin embargo, el art. 321 no sufrió modificación alguna. *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pp. 91 y ss.

⁶ El empleo, por otra parte, del plural en el art. 321 carece complementemente de significado. Más sentido hubiera tenido su uso en el art. 325 en el que se castiga desde la reforma operada por la LO 1/2015 a el que realice las conductas allí castigadas «por sí mismos o conjuntamente con otros».

En el ámbito del art. 319 esto dio lugar a una larga discusión doctrinal y jurisprudencial que en un principio vino a interpretar que quedaban fuera del ámbito de la tipicidad la realización de los comportamientos típicos por parte de personas que no se dedicaran profesionalmente a la construcción, promoción y dirección técnica, pues se entendía que se trataba de un delito especial para profesionales. La discusión en las Audiencias Provinciales y en la doctrina no terminó hasta que el Tribunal Supremo en su Sentencia 690/2003, de 14 de mayo [RJ/2003/3.905], sentó doctrina afirmando que el delito urbanístico del art. 319 es uno común⁷ del que sujeto activo es aquel que sea profesional de la construcción o no, promueve o construye sin autorización en los suelos allí referenciados. La aclaración del máximo tribunal debería haber llevado aparejado un incremento considerable del número de condenas que sin embargo no se produjo por el hecho de que, a partir de ese momento, la jurisprudencia recurrió con amplitud al error de prohibición para eximir de responsabilidad al particular no profesional que llevaba a cabo las conductas típicas en virtud, por una parte de la complejidad que encierra el derecho urbanístico y, por

⁷ No obstante, debe afirmarse que el art. 319 sí es un delito especial en lo que al técnico director de la obra se refiere, por cuanto no cualquiera puede ser «técnico director», sino solo arquitectos e ingenieros superiores, en sus respectivas materias, podrán ser directores de obra y, por tanto, máxima autoridad técnica (STS 7 de noviembre de 1991 [RJ/1991/7.984]). Son sujetos que responden de «todas aquellas exigencias relacionadas con la edificación»; «de la elaboración de los proyectos o memorias, de las órdenes encaminadas a la ejecución de la obra, y también de la omisión de vigilancia de la actividad de los demás profesionales implicados en la misma actividad». Además, tienen que «velar por la adecuación del edificio al proyecto presentado, coordinando las funciones de cuantos intervienen en la misma» (STS de 1 octubre 1991 [RJ/1991/7.717]). En este sentido, cuando se trate de liquidar la responsabilidad criminal por la comisión de un delito urbanístico cometido por el representante legal de una persona jurídica dedicada a la dirección técnica de obras de construcción, responderá la persona física que actúe como la administradora de hecho o de derecho de una persona jurídica aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona jurídica en cuyo nombre o representación obre. Habrá que ver cuáles son los requisitos que se exigen en el ámbito profesional a los representantes de una empresa relativa a la construcción: porque lo normal es que su representante legal tenga la consideración de arquitecto o ingeniero. Por lo tanto, tampoco en este caso sería necesario el recurso al art. 31, porque sí concurrirían en el representante legal las condiciones de autoría exigidas por el tipo. Distinta sería la cuestión cuando se tratase de un representante legal que careciera de la titulación de arquitecto superior o de ingeniero, pero en este caso, no podría firmar los proyectos, y en todo caso entraría como un administrador de «derecho» de «hecho», que no representase legalmente a la entidad, pero sí actuara de facto con esas funciones, caso en el que sí sería necesario el recurso al art. 31.

otra, de la tolerancia de la Administración⁸. Respecto al técnico director, sin embargo, había que entender, en todo caso, que debía serlo un titulado universitario que estuviera facultado para llevar a cabo las funciones propias de dirección de las obras típicas. La especialidad en este caso venía pues determinada no ya por el hecho de ser un «profesional» de la construcción, sino por la posesión del título universitario, de manera que aquel arquitecto o ingeniero de caminos dedicado a la enseñanza universitaria que optara por construir ilegalmente una obra para sí o para un tercero, era autor del delito urbanístico con independencia que estuviera o no colegiado y de que no se dedicara como medio de vida a construir, sino a enseñar a hacerlo⁹.

Y en la medida en que se consideró que no eran delitos especiales, el recurso al art. 31 a la hora de identificar a las personas físicas responsables de los mismos que actuaran dentro de una persona jurídica devino innecesario (como, por ejemplo, hacía la SAP de Las Palmas 290/2009, de 30 de septiembre¹⁰).

⁸ Vid. por todas la STS 1067/2006, de 17 de octubre. ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pp. 252 y ss.

⁹ Las posibilidades de que una persona sin cualificación profesional dirija una obra no son extrañas a la práctica urbanística de nuestro país. Se trataría de un supuesto en el que sería posible recurrir al concepto de «construcción» para hacer responsable a su autor. Tampoco son de extrañar los casos en los que un titulado medio en arquitectura o ingeniería se excede de sus funciones y dirige técnicamente la obra. Sobre estas cuestiones vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pp. 261 y ss.

¹⁰ «El art. 31 del C. Penal establece, entre otros casos, la responsabilidad penal personal de aquel que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en su nombre o representación, aunque no concurran en él pero sí en la entidad las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura delictiva requiera para ser sujeto activo de la infracción criminal en cuestión. En el presente caso, y a pesar de lo intentos del Ministerio Fiscal, es de destacar que respecto a Indalecio lo único que queda determinado, como así se recoge en la sentencia recurrida, es que el mismo ha sido el encargado de la parte administrativa y burocrática de la empresa, siendo trabajador de la misma desde hace más de treinta años, manteniendo una buena relación de amistad con el otro acusado, Esteban, quien ostenta la representación legal de la empresa y ocupa el cargo de administrador. Ciertamente es que Indalecio ha actuado puntualmente como apoderado de la empresa para asuntos concretos, pero en modo alguno queda constancia de que esta ocasional representación haya sido para casos que vayan más allá de su quehacer laboral y menos aún para ejecutar actuaciones de relevancia, sustituyendo en tal cometido al representante legal y único administrador de la empresa. Lo que expone sobre este punto el Ministerio Fiscal es vago e impreciso, pues se limita a resaltar que el Sr. Indalecio en su condición de representante, reconoció que su principal tarea consistía en labores de carácter administrativo que tenían que ver con el papeleo de la entidad y que versaban, casualmente y a modo de ejemplo, en tratar con los gestores municipales y autonómicos a fin de solucionar los

La admisión de la autoría por parte del sujeto no cualificado no fue impedimento para valorar en su total intensidad la gravedad que tienen estas conductas cuando son llevadas a cabo por profesionales en la medida en que si bien es factible encontrar a particulares que construyen o edifican sin autorización una vivienda, el profesional construye o edifica una pluralidad de ellas o prepara toda una unidad de actuación para llevar sobre ellas *a posteriori* una urbanización completa. De ahí que la capacidad que tienen sus acciones para afectar a la ordenación del territorio sea mayor que la del particular individual que construye para sí.

En el marco pues de los delitos urbanísticos llevados a cabo por profesionales, en 1995 también llamó la atención el tratamiento diferenciado que se ofrecía a las personas jurídicas en el interior del Título XVI, en la medida en que solo el art. 327 preveía la imposición de las medidas de las letras a) o e) del art. 129 en el caso de que el delito fuera cometido en el seno de una persona jurídica: ni rastro en el resto del Título XVI de estas consecuencias accesorias del delito. Con el tiempo, cuando la LO 5/2010 procedió a castigar penalmente a las personas jurídicas de acuerdo con el sistema de punición cerrado en virtud del cual solo es de aplicación «en los supuestos previstos en este Código» (art. 31 bis), no dudó en incluir a los delitos urbanísticos entre las parcelas delictivas en las que los entes colectivos iban a responder ante la evidencia de la frecuencia y la gravedad de sus intervenciones en este ámbito¹¹. Una cláusula similar a la prevista en

problemas con las licencias para realizar las obras en el Barranco de Silva. Lo cual en modo alguno desvirtúa la conclusión alcanzada por el juez a quo, pues no aporta dato relevante que la contradiga, ni tampoco justifica el motivo por el cree que la actuación del antes citado en el ámbito que nos ocupa vaya más allá de la de un mero empleado de confianza que se limita a ejecutar lo que se le indica por quien ostenta la representación legal y, en definitiva, el control de la persona jurídica actuante».

La misma vuelta da SÁNCHEZ ROBERT, M.J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El supuesto previsto para los tipos del art. 319 del Código penal», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (coord.), *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 430.

¹¹ Vid. por todos GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; LEÓN ALAPONT, J., *Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Aranzadi, 2020.

La regulación contenida en el art. 31 bis del Código penal ha sido calificada con acierto por DOPICO GÓMEZ-ALLER («Dos interpretaciones *contra legem* del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4, en CANCIO MELIA, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARIO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D., BASSO, G., *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM Ediciones, Madrid, p. 418 como «rocosa».

el art. 319.4 incorporó el legislador en el art. 328 en el ámbito del Capítulo III, donde ya desde 1995 podían imponerse las consecuencias accesorias del art. 129¹². A los ojos de la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010 pasó desapercibido el art. 321, en el que se castigan los derribos y alteraciones –graves– de edificios singularmente protegidos, y que en atención a los vaivenes que la ubicación sistemática de este precepto fue dando a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LO) 1/1995, no era otra cosa que un delito urbanístico más, cualificado porque se derriban o se alteran gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental¹³. Desde entonces puede decirse que, si la protección del patrimonio histórico es una especie de *Centicieta* del Título XVI del Código, lo es fundamentalmente por no haber sido capaz de calificar como delito urbanístico esta conducta y ofrecerle el mismo tratamiento en materia de autoría que a los delitos urbanísticos principales y protagonistas: tanto en relación con las personas físicas, como a las jurídicas. Estas diferencias hubieran fácilmente desaparecido de haber optado el legislador en 2010 por ubicar la cláusula de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Capítulo V de disposiciones comunes.

Ahora, como se verá, tras la tipificación de esta clase de responsabilidad en 2010, cabe imponer penas a las personas jurídicas «privadas» que se desenvuelven en el ámbito urbanístico y de imponer las consecuencias accesorias del art. 129 cuando se trate de un ente colectivo sin personalidad jurídica, pues si bien hasta 2010 no se había previsto expresamente, a partir de entonces, sí es así (son las sociedades inimputables¹⁴)¹⁵.

Con todo, la técnica utilizada por el legislador para castigar a las personas jurídicas en el ámbito de los delitos urbanísticos del Capítulo I del Título XVI plantea un conjunto de limitaciones de relieve y que *de lege ferenda* deberían ser tenidas en cuenta por parte del legislador.

¹² Declara la disolución de una persona jurídica en atención a lo dispuesto en art. 520 del Código la SAP de Álava (Sección 2.ª) núm. 305/2019 de 17 diciembre.

¹³ *Vid.* en extenso, ACALE SÁNCHEZ, *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pp. 89 y ss.

¹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J., «Personas jurídicas imputables e inimputables», en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 466; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 110.

¹⁵ Con todos los problemas que plantea el hecho de que procesalmente no hayan sido reconocidas como titulares de derechos: *vid.* por todos RODRÍGUEZ TIRADO, A.M.ª, «La determinación de la persona jurídica investigada ¿y de los entes sin personalidad jurídica? Determinación del procedimiento penal aplicable», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. (dir.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 129 y ss.

II. LA CLÁUSULA DE PUNICIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ART. 319.4

La LO 5/2010 optó por incluir dentro del art. 319 un nuevo número 4.º en el que se procedía a castigar a las personas jurídicas en el ámbito de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo¹⁶. La redacción dada por el legislador a esa disposición —«en los supuestos previstos en este artículo...»— y la ubicación de la misma dentro del propio art. 319, limitaban de forma clara las figuras delictivas de referencia: esto es, las personas jurídicas solo van a ser responsables de las conductas consistentes en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en los suelos mencionados en los números 1 y 2 del art. 319¹⁷.

De esta forma, quedaron fuera de la previsión sancionadora para las personas jurídicas las conductas del art. 320, dentro del cual es necesario distinguir, por una parte, el castigo en el número 1.º¹⁸ de «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción

¹⁶ Imponiéndoles las penas de multa de 1 a 3 años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso se impondrá la multa del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio, «en los supuestos previstos en este artículo». El párrafo 2.º del mismo número 4 señala que «atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33».

¹⁷ El hecho de que el número 4 del art. 319 se remita a «los supuestos previstos en este artículo» y no a «los delitos previstos en este artículo» deja abierta la posibilidad de aplicar también a las personas jurídicas la demolición, descrita en el número 3.º Sobre su naturaleza se han vertido ríos de tinta, aunque parece que no hay duda en una cosa: no se trata de una pena, por lo que tanto las personas físicas como las jurídicas podrán hacer frente a la misma individual, solidaria o subsidiariamente, porque en este sentido no existen muchas pistas al respecto. Sobre su naturaleza jurídica *vid.* ACALE SÁNCHEZ, M, *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pp. 279 y ss.

¹⁸ Que impone la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 9 a 15 años —que es la establecida en el art. 404 al que expresamente se refiere el art. 320— y además con la de prisión de 1 año y 6 meses a 4 años y la de multa de 12 a 24 meses. Se da la circunstancia de que la pena del art. 404 ha sido modificada por la LO 1/2015, que no solo ha elevado la inhabilitación, sino que se ha impuesto con carácter principal la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo con la misma duración que la inhabilitación para cargo público que ha pasado a ser de 9 a 15 años. El hecho de que la pena en el art. 320 no venga directamente establecida, sino que se remita al art. 404, ha determinado pues un incremento de la pena en las conductas castigadas en el art. 320.2 (así como en las de los arts. 321.2 y 329.2).

de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio», y en el número 2.º de «la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia». La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de estas conductas podría estar *a priori* justificada en la genérica exención de responsabilidad criminal de las Administraciones públicas (art. 31 quinquies). Sin embargo, también puede tratarse de una decisión equivocada a la vista del contenido del Capítulo III del mismo Título XVI.

En efecto, en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, el art. 328 castiga a las personas jurídicas por la comisión «de los delitos recogidos en este Capítulo», entre los que se encuentra, como se decía anteriormente, una figura delictiva gemela a la del art. 320 y que está incluida en el art. 329¹⁹. A pesar de la generosidad de esta cláusula, podría entenderse que el hecho de que el art. 329 esté construido como un delito especial para funcionarios públicos y autoridades²⁰ impediría el castigo de las personas jurídicas en la medida en que, en todo caso, involucrarían con su comportamiento a una Administración pública que según establece el art. 31 quinquies está exenta de responsabilidad criminal. La cuestión no es, sin embargo, tan sencilla.

¹⁹ También merece una mención especial la inclusión dentro de este listado, el art. 331 que castiga el comportamiento imprudente. Esto ha dado lugar a grandes reflexiones en torno a la equiparación por parte del legislador del dolo y la imprudencia en los delitos base que dan lugar a la responsabilidad de las personas jurídicas: *vid.* ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código penal español», *Revista General de Derecho Penal*, 35/2021, p. 16.

²⁰ GORRIZ ROYO, E., «Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *INDRET*, 4/2019, pp. 31 y 32; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Empresas prevaricadoras. Delitos especiales de funcionarios públicos, sociedades mercantiles y medio ambiente», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./LEÓN ALAPONT, J., *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 786 y ss (especialmente, p. 797); LEÓN ALAPONT, J., «La prevención de delitos ambientales en la era *compliance*», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./LEÓN ALAPONT, J., *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, cit., pp. 478 y ss; TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Responsabilidad penal de los administradores de sociedades de capital», en PULIDO BEGINES, J.L. (dir.), *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 348.

En efecto, el propio art. 31 quinquies admite la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, en el caso de que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, con la limitación de que solo se les podrá imponer las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33, excepto en el caso de que «el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal»²¹. Por ello y, *a priori*, también la conducta castigada en el art. 329 puede ser cometida por una persona jurídica por lo que la remisión *in totum* que lleva a cabo el art. 328 a los «delitos recogidos en este Capítulo» tiene la completa significación que el legislador ha querido darle (con independencia de lo que se dirá a continuación en torno a las singulares conductas castigadas en el núm. 2.º). En esta línea recuerda Silva Sánchez el Acuerdo no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017, en virtud del cual se entiende que en las sociedades mercantiles «existe patrimonio público» por lo que pueden ser objeto material del delito de malversación²². Por su parte la STS 674/98, de 9 de junio afirma que las resoluciones que adopten estas sociedades mercantiles pueden ser arbitrarias, a los efectos de la existencia de un delito de prevaricación del art. 404²³. De esta forma, de haber alguna sociedad mercantil pública que realice las conductas castigadas en el art. 329, podrá hacérsela responder penalmente.

Ante la posibilidad del castigo de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, ahora interesa aclarar el motivo por el cual en el de los delitos urbanísticos se ha optado por la no tipificación, dejando exentas de responsabilidad tanto a las sociedades mercantiles urbanísticas que –en su caso– pudieran llevar a cabo estas conductas, como

²¹ Como un acierto considera la limitación de esas penas FERNÁNDEZ TERUELO (*Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, cit., p. 58), «para garantizar la adecuada protección de los intereses públicos y la correcta prestación de los servicios de interés general encomendados a estas sociedades, y que podrían resultar perjudicados en caso de imponerse otras penas como, por ejemplo, la suspensión de actividades». Vid. también la STS 154/2016, de 29 de febrero.

²² Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Empresas prevaricadora Delitos especiales de funcionarios públicos, sociedades mercantiles y medio ambiente», p. 787, nota 6; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., pp. 107-110. Vid. también FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, cit., pp. 44 y ss.

²³ GÓMEZ RIVERO, M.C., «El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 18-06 (2016), p. 7.

las personas jurídicas privadas que tras la firma de un contrato de gestión, de concesión o de obras, asuman competencias que entren en el radio de acción del art. 320. La cuestión tiene sin duda su trascendencia práctica en la medida en que la presencia de las sociedades mercantiles en el ámbito urbanístico es consecuencia de una serie de previsiones legales que establecen la interconexión existente entre los gestores públicos y privados de las funciones completamente públicas ha determinado que hoy se pueda entrar ya a analizar la posibilidad de que respondan penalmente de los delitos como los de cohecho, tráfico de influencias o malversación, pero no de los urbanísticos por falta de previsión legal.

La crítica que se merece la falta de castigo de las personas jurídicas en relación con las conductas castigadas en el art. 320 deben en todo caso matizarse²⁴ en el sentido de que ni siquiera la previsión contraria establecida en los arts. 328 y 329 permite afirmar la responsabilidad penal de los entes colectivos en todas las modalidades de conductas castigadas en los números 1 y 2 del art. 320. En efecto, todo apunta a que las corporaciones locales no pueden delegar ni transferir sus competencias en materia de aprobación de la planificación y de disciplina urbanísticas porque el art. 85 de la Ley 7/1085, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local²⁵ le obliga a ejercerlas por sí mismas²⁶.

No obstante, las conductas previstas en el número 1.º sí pueden ser ejercidas por una sociedad mercantil pública y por una empresa privada a la que la Administración mediante una concesión les haya transferido las funciones tanto de informe como de vigilancia. En efecto, por una parte, no es de extrañar que una Administración pública con competencia para emitir informes, recurra a la figura del contrato de servicios previsto en el art. 17 de la Ley 9/2017, de Contratación en el Sector Público²⁷. Lo

²⁴ Así mismo, tampoco la genérica remisión del art. 328 permite entender que todas las modalidades delictivas castigadas en los números 1 y 2 del art. 329 pueden ser cometidas por personas jurídicas públicas –sociedades mercantiles– o privadas.

²⁵ En cuyo número 1 señala: «1. Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales». A lo que su número 2 añade que «los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad».

²⁶ RASTROLLO SUÁREZ, J.J., «La proyección de la técnica europea del *compliance* y su aplicación al Derecho urbanístico», en *Revista española de Derecho Administrativo*, 195/2018, p. 256.

²⁷ En el mismo sentido, BUAZÁ MARTORELL, F.J., «Urbanismo y corrupción: Notas para una disociación», en CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., *Compliance urbanístico. Fundamentos teóricos, estudio de casos y desarrollo de herramientas anticorrupción*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 81.

mismo cabría decir respecto a las labores de vigilancia y de inspección, en la medida en que son servicios en muchos municipios concertados con empresas privadas que cuentan con los medios materiales y los conocimientos técnicos para llevarlas a cabo de manera más eficaz. Basta pensar en las dificultades que puede tener un pequeño Ayuntamiento para controlar su término municipal si no es a través de un servicio informático que incorpore instrumentos de control remoto: de ahí que el recurso a la externalización del servicio no sea extraño.

Y esta es la posibilidad que no ha tenido en cuenta el legislador cuando en 2010 procedió a castigar a las personas jurídicas en el interior del art. 319, y no en un artículo 320 bis, que ampliaba por tanto las posibilidades de hacerlas responder penalmente²⁸. A la vista de la efectiva presencia de personas jurídicas en el ámbito de las conductas castigadas en el art. 320, el no castigarlas penalmente carece de fundamento dogmático ni político criminal, sobre todo cuando se constata que en el ámbito del Capítulo III sí se ha previsto su castigo. Por ello, *de lege ferenda* debería preverse expresamente la posibilidad de que las personas jurídicas que intervienen en labores de inspección y de informe puedan ser responsabilizadas penalmente en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Con razón afirma Terradillos Basoco que en la selección de los delitos que dan lugar al castigo de las personas jurídicas son detectables *clamorosas lagunas*²⁹.

Con todo, no puede dejar de subrayarse el dato de que, a pesar de estas limitaciones, en el interior de los delitos contra la Administración pública (Título XIX), se ha procedido al castigo de las personas jurídicas en los delitos de cohecho (art. 427 bis), tráfico de influencias (art. 430) y malversación (art. 435), y si se parte, como aquí se hace, de que cada vez que una Administración pública procede a la modificación de la calificación jurídica de un suelo favoreciendo especialmente a una empresa, o concede una autorización administrativa que genera un enorme beneficio a concretas personas, es porque alguien ha pagado una dádiva o ha traficado con influencias, esos delitos contra la Administración pública van a tener

²⁸ Todo esto en el entendimiento de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se limita a aquellos casos en los que la persona física que realice el hecho de conexión de acuerdo con lo dispuesto en las letras a) y b) del art. 31 bis sea autora de ese delito, no partícipe. *Vid.* Al respecto GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 118; GORRIZ ROYO, E., «*Criminal compliance* ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», p. 31; FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, cit., pp. 52 y ss.

²⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Responsabilidad penal de los administradores de sociedades de capital», cit., p. 347.

que ser aplicados siempre –eso sí– que además de la operación urbanística injustificada, se pueda probar la presencia de la dádiva, favor, retribución o el tráfico de influencias³⁰.

Nótese la coincidencia de ámbitos en los que pueden llegar a producirse las conductas castigadas en el art. 319 y las que lo están en los arts. 427 bis, 430 y 435: todas ellas son conductas que giran en torno a los momentos de aprobación de la planificación urbanística y de la disciplina urbanística. Esto es lo que va a aproximar las medidas preventivas a adoptar en uno y en otro caso, pues si el urbanismo cumple la función pública de distribuir los usos del suelo de acuerdo con las necesidades sociales, la corrupción que genera obedece a los intereses de dos partes interesadas. Y va a ser precisamente en el ámbito de los programas de cumplimiento donde se visibilice ese acercamiento, en el sentido de que vistas las actividades en cuyo ámbito pueden producirse los delitos de construcción no autorizable, cohechos, tráficos de influencia y malversación, y visto además la prohibición que establece el art. 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público de contratar con la Administración pública de quien haya sido condenado por una pluralidad de delitos, entre los que se encuentran los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente³¹, así como en aquellos casos en los que una persona física haya sido condenada a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, a las empresas privadas les conviene prevenir en sus programas de cumplimiento la comisión de delitos urbanísticos, cohechos, tráficos de influencias y malversaciones y a las Administraciones públicas también les interesan evitar establecer relaciones profesionales con aquéllas.

Debe achacarse al tiempo transcurrido el hecho de que hoy no exista un cuerpo jurisprudencial consolidado en el que se castigue a una persona jurídica en el ámbito urbanístico por los comportamientos tipificados en el art. 319 siendo la mayor parte de los pronunciamientos existentes absolutorios. Ejemplo de los motivos que justifican esa falta de aplicación es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 146/2018, de

³⁰ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., «Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción», en PUENTE ABA, L./FUENTES LOUREIDO, M.A./RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., *La proyección de la corrupción en el ámbito penal. Análisis de una realidad transversal*, ed. Comares, Granada, 2017, pp. 11-54.

³¹ Califica como «especialmente sensibles» las infracciones vinculadas al urbanismo, al medio ambiente o el patrimonio histórico con la contratación pública RASTROLLO SUÁREZ, «La proyección de la técnica europea del *compliance* y su aplicación al Derecho urbanístico», cit., p. 252.

23 de octubre en la que se castiga a una administradora única de una empresa promotora como autora de un delito urbanístico pero se exime a la empresa porque lo único que podía probarse es la propiedad de la finca, y no el incumplimiento por parte de la persona jurídica «gravemente» de sus deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad³², atendidas las circunstancias del caso, al entender que «los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos»³³. Y ello a pesar de que, en los hechos enjuiciados, algunas de las construcciones que se habían llevado a cabo ilegalmente tenían una finalidad claramente económica, que podía haberse imputado a las actividades de la persona jurídica.

³² La puesta en marcha o no de los programas de cumplimiento debe ser aprobada por la acusación: en este sentido, la SAP Pontevedra 11672017, de 30 de junio, no responde la persona jurídica porque no se ha probado la inexistencia de controles por parte de la entidad para prevenir el delito tributario.

³³ Sin embargo, la Audiencia exime de responsabilidad a la persona jurídica por problemas procesales, en la medida en que el Ministerio Fiscal no interesó prueba alguna que acreditara su responsabilidad (con cita de la STS 221/2016, de 16 marzo). Con todo, la exención de su responsabilidad criminal se produjo en atención al principio de *ultima ratio*. También absuelve a la persona jurídica por no constar acreditado que la mercantil acusada contase con un defecto estructural grave en los sistemas de supervisión, vigilancia y control de su actividad, que hubiera facilitado la comisión de los hechos delictivos perpetrados por el acusado, como director de zona territorial de la mercantil –Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Avilés de 13 de febrero 2020. En la sentencia se afirma por otra parte que, desde la entrada en vigor de la ley que regulaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se adoptaron medidas en aras a implementar un programa y un sistema de prevención de delitos, contratando distintas asesorías y despachos especializados en la materia. Y, a partir de la reforma de la LO 1/2015 y, sobre todo de la circular de la Fiscalía del año 2016, se decide adaptar y actualizar los sistemas que ya existían, reforzando esta materia y ampliando el sistema de prevención, implementando medidas mucho más concretas y específicas». Sobre los aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *vid.* RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., «Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal», en NEIRA PENA, A./PÉREZ CRUZ MARTÍN, A., *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 111 y ss., y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., «Las respuestas de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo a algunas cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en NEIRA PENA, A./PÉREZ CRUZ MARTÍN, A., *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, cit., pp. 227 y ss. Y sobre la prueba de la existencia del *compliance* *vid.* FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Los programas penales de organización y gestión (*compliance*) y su prueba», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ LEÓN ALAPONT, J., *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Rojo*, cit., pp. 313 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., pp. 209 y ss.

Pero sin duda alguna, el motivo por el cual hoy no están siendo condenadas estas empresas urbanísticas no es otro que el juego de los programas de cumplimiento que, como es sabido, a partir de la reforma operada por la LO 1/2015, las eximen de responsabilidad criminal³⁴. En este sentido, la falta de condenas a personas jurídicas puede deberse a la aprobación y eficacia de los *compliance* urbanísticos, que estarían cumpliendo con las expectativas puestas en ellos por parte del legislador e impidiendo la comisión de delitos por parte de las personas físicas o bien que los delitos que efectivamente se cometen en su seno se producen por la actuación fraudulenta por parte de los autores individuales eludiendo los modelos de organización y prevención³⁵. En todo caso, la disparidad de cifras entre personas físicas profesionales de la construcción condenadas por estos delitos y empresas urbanísticas condenadas puede estar poniendo de manifiesto que la razón de fondo no es más que la existencia de impedimentos procesales, como la falta o la insuficiente prueba practicada. En efecto, la práctica realidad del urbanismo en nuestro país pone de manifiesto una tendencia a que las mismas empresas constructoras, promotoras y de asesoramiento técnico se encuentren una y otra vez en las obras de construcción, por lo que finalmente más que empresas autónomas, se complementan y se ajustan unas a otras, convirtiéndose en la práctica en una suerte de gran unión *intemporal* de empresas fáctica, lo que dificulta enormemente el proceso penal, que debe dirigirse contra cada persona física y contra persona jurídica implicada (*vid.* SAP Madrid 364/2018, de 16 de mayo).

III. CONCLUSIONES

El análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito urbanístico excede –con mucho– a la estrecha vía escogida por la LO 5/2010, al incorporar al art. 319 el número 4º, en el que se limita a hacerlas responder «en los supuestos previstos en este artículo». Se trata de una opción que *de lege ferenda*, debería ser objeto de reforma, ampliando la posibilidad de que las mismas respondan también, tal y como ocurre en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales

³⁴ Sobre los orígenes del *compliance* en el ámbito urbanístico *vid.* RASTROLLO SUÁREZ, J.J., «La proyección de la técnica europea del *compliance* y su aplicación al Derecho urbanístico», cit., pp. 242 y ss.

³⁵ Caso de que solo pueda acreditarse parcialmente las exigencias del art. 31 bis 1 y 2, el último párrafo del núm. 4.2 establece que «será valorada a los efectos de atenuación de la pena». Avanza ABEL SOUTO, M. («Algunas discordancias legislativas», p. 56) el hecho de que esta disposición se aplicará en pocas ocasiones.

del Capítulo III del mismo Título XVI, de las conductas castigadas en el número 1.º del art. 320. Hasta tanto, el castigo de las personas jurídicas que intercedan ilegalmente en el ámbito urbanístico quedará limitado a los delitos contra la Administración pública: en particular a los de cohecho (art. 427 bis), tráfico de influencias (art. 430) y malversación (art. 435.5) siempre que sea posible sacar a relucir el pacto corrupto.

Por otra parte, o mejor aún, *por la otra parte*, debe tenerse en consideración que la exención de responsabilidad penal de las Administraciones públicas no ampara a aquellos supuestos en los que sus actuaciones se conduzcan a través de la vía de las sociedades mercantiles públicas. De ahí que a través de las previsiones contenidas en los arts. 427 bis, 430 y 435.5 pueda hacer responder a una empresa privada que mediante un contrato de obras o de servicios esté realizando funciones públicas. De tal manera que pudiera darse el caso de que una persona jurídica privada entregue una dádiva a una persona jurídica también privada que esté desempeñando funciones públicas a los efectos de conseguir de ella una resolución favorable a sus intereses. Esto, que puede ser consecuencia del denominado urbanismo concertado, pone en cierta medida de relieve las dificultades que existen para justificar que lo que son funciones públicas, sean privatizadas y dejadas en manos de particulares que no comparten la necesidad de preservar las funciones públicas que tiene encomendada constitucionalmente la Administración: una de ellas es la ordenación urbanística de los suelos.

Por ello, la lucha contra la corrupción urbanística en el ámbito del sector de la obra pública debe comenzar por la concienciación sobre la importancia de los servicios que prestan y las funciones que cumplen las Administraciones públicas. Con esta finalidad, la Ley 9/2017, de Contratos en el Sector Público contiene instrumentos muy útiles cuyo cumplimiento está en la línea de impedir o cuanto menos dificultar la corrupción³⁶.

No obstante, no hay que esperar al momento de intervención de la ley penal para que el efecto de la prevención se despliegue dentro del ordenamiento. Y es que ha llegado la hora de la prevención en el ámbito urbanístico y de que brillen con luz propia la necesidad de ordenar el territorio de acuerdo con los intereses públicos de una sociedad que está ahíta de escándalos.

³⁶ En el ámbito de la Unión Europea y con la finalidad de luchar contra la corrupción debe ser bienvenida la recientemente aprobada Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Tráfico de órganos humanos y dignidad de los vivos... y de los muertos

Mercedes Alonso Álamo
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valladolid



I. INTRODUCCIÓN

ENTRE LAS CONTRIBUCIONES de Ignacio Berdugo al Derecho Penal ocupa un lugar destacado su monografía sobre el delito de lesiones. Sostiene en ella un concepto amplio del bien jurídico salud personal, un bien que posibilita la participación en el sistema social y que comprende la salud física y psíquica y la integridad corporal¹. Vamos a ocuparnos en su merecido homenaje del delito de tráfico ilícito de órganos humanos introducido en el año 2010 en el Código penal español entre las lesiones pero que es muy problemático desde la perspectiva del bien jurídico protegido.

A pesar de las críticas dirigidas a la regulación del tráfico ilícito de órganos humanos y de la polémica desatada por su ubicación entre las lesiones, el delito se mantiene en dicho ámbito sin que la importante reforma del año 2019 haya afectado a su posición sistemática. El tráfico ilícito de órganos humanos presenta, sin embargo, indudables diferencias con el delito de lesiones. Entre ellas, la del objeto de protección no es una cuestión menor y en esto fijaremos nuestra atención. Vamos a sostener que el bien jurídico protegido a través del delito de tráfico ilícito de órganos humanos es la dignidad de la persona, de los vivos y... de los muertos, un bien que muchos consideran evanescente o carente de la necesaria concreción que debe tener

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, pp. 19 y ss.

un bien jurídico penal pero que se perfila de manera creciente y en ámbitos diversos como una realidad protegida y protegible penalmente.

II. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

El derecho penal no obstaculiza en modo alguno los avances de la medicina, solo contribuye a que en su desarrollo y aplicación no se vulneren bienes jurídicos fundamentales de la persona. En materia de trasplante de órganos, la extracción ilegal daba lugar a un delito de lesiones ya antes de la reforma de 2010². En la reforma de 2010, el artículo 156 bis del Código penal contempla el tráfico ilícito de órganos humanos y el trasplante de los órganos con los que se trafica, conductas anteriores o posteriores a la extracción, viendo así a llenar un vacío legal.

La regulación respondía a exigencias internacionales (Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio). La Organización Mundial de la Salud había declarado en 2004 que la venta de órganos era contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos, «exhortando a los médicos a que no realizasen trasplantes si tenían sospechas de que el órgano había sido objeto de una transacción». En la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos se consensuó la Declaración de Estambul (2008) en la que «se deja constancia de que dichas prácticas violan los principios de igualdad, justicia y respeto a la dignidad humana debiendo ser erradicadas».

La más reciente reforma de 2019 (L.O. 1/2019, de 20 de febrero) modifica el artículo 156 bis y completa, según reza la Exposición de Motivos, «el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos, que constituye una grave violación de los derechos fundamentales de las personas y atenta gravemente contra bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la dignidad humana, además de suponer una gran amenaza para la salud pública». Pretende también adaptarse a «las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, abierto a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015» (Instrumento de Ratificación por España, B.O.E. de 17 de febrero de 2021).

La actual regulación se refiere expresamente, y ello es una notable novedad, no solo a órganos de persona viva, sino también a los de persona fallecida, previendo penas diferentes para ambos supuestos. Se incrimina

² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 115.

una amplia gama de comportamientos (promover, favorecer, facilitar, publicitar, ejecutar) y se proporciona una definición amplia del tráfico de órganos. La mera lectura del artículo 156 bis evidencia la amplitud de una regulación que incrimina conductas que pueden estar muy alejadas de la extracción, como el publicitar, a veces difícilmente delimitables de los actos preparatorios³. Con razón se ha podido hablar de intervención penal excesiva⁴.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Desde la introducción del delito en el 2010 la discusión sobre el bien jurídico protegido no ha cesado en la doctrina. Frente a las tesis que mantienen la dimensión individual del bien jurídico, en consonancia con su orientación sistemática, se alza la posición de quienes afirman su dimensión supraindividual.

1. Posiciones doctrinales

La ubicación del delito entre las lesiones lleva a sostener, en primer lugar, que el bien jurídico protegido es la salud física y psíquica y la integridad física o corporal del titular del órgano (a lo que se suele añadir la salud del receptor). Esta tesis fue defendida ya en relación con la regulación de 2010 invocándose en su favor, además de la ubicación sistemática, la diferente pena prevista según se trate de un órgano principal o no principal, en evidente paralelismo con la regulación de las lesiones; o argumentando que no se incriminaba el tráfico de órganos de personas fallecidas; o que la extracción de un órgano a una persona viva genera siempre un peligro para su salud y la integridad (incluida la del receptor del órgano), incluso si se realiza en condiciones óptimas⁵.

³ A la indeterminación de los tipos se refiere ALASTUEY DOBÓN, C., «¿Qué protege el delito de tráfico de órganos? –A propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019-(1)», *Diario La Ley Digital*, n.º 9558, pp. 7 y s.

⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.ª ed. con la colaboración de C. López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 125.

⁵ Las posiciones no siempre se mantienen constantes ni son unidireccionales. En favor de la protección de la salud e integridad del titular del órgano, en un primer momento y en relación con la regulación inicial de 2010, MUÑOZ CONDE, F. (*Derecho Penal. Parte Especial*, ed. de 2015, cit., p. 115), si bien luego modificará esta postura, y tras la reforma de 2019 sostendrá que el legislador «ha dejado aún más claro» que no se protege un bien jurídico individual y que se trata de un bien jurídico colectivo

Tal tesis pierde gran parte de su fuerza al introducirse en 2019 el tráfico ilícito punible de órganos de personas fallecidas pues mal puede hablarse en tales casos de protección de la salud. Además, una amplia gama de las conductas típicas (transporte, traslado, recepción..., solicitar o recibir dádiva o contribución o aceptar ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos..., etc.) se hallan muy alejadas de la dirección de ataque propia del delito de lesiones⁶. Ninguna función puede desplegar un bien jurídico que solo remotamente guarda relación con las conductas contempladas en la regulación penal.

La segunda tesis, que ya había sido postulada también antes de 2019, adquiere especial importancia tras la reforma. Es la que destaca el carácter social, colectivo, antes que individual, del bien jurídico protegido y lo refiere a la protección de la salud pública. Partiendo de que mal pueden poner en peligro la salud del titular del órgano conductas como promover, favorecer, facilitar o publicitar el tráfico ilegal de órganos, se pone el acento en el interés general, colectivo, a la salud pública, entendido como

«relacionado con la salud pública y dirigido sobre todo a tratar de prevenir el daño para la salud de los potenciales donantes y receptores de órganos» (*Derecho Penal. Parte Especial*, ed. de 2019, cit., p. 125). García Albero advirtió muy pronto que el tráfico de órganos humanos presenta una dimensión *individual* (pues compromete la salud e integridad física, así como la libertad y dignidad, del llamado donante, a lo que se añade la salud del receptor), y una dimensión *supraindividual* (pues compromete «valores básicos, como los principios de altruismo y solidaridad en la donación y equidad en el acceso a terapias de trasplante»), pero que el legislador de 2010 «ha prescindido de todos estos perfiles complejos para situarse frente al sólo plano de la protección de la salud e integridad física del donante», GARCIA ALBERO, R., «El nuevo delito de tráfico de órganos» (art. 156 bis. CP), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Quintero Olivares, G. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2010, p. 144. En iguales términos, TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), 10.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 136 y s. Señalan también la doble dirección de ataque, individual y supraindividual, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Morillas Cueva, L. (dir.), 3.^a ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 118 y s., considerando la salud pública bien jurídico preponderante tras la reforma de 2019. Vid también, CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal. Parte Especial*, González Cussac, J. L. (coord.), 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 93 de la edición electrónica, PUENTE ABA, L. M.^a, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 26, 2011, pp. 143 y s., DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «El delito de tráfico de órganos humanos», *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Díaz-Maroto y Villarejo, J. (dir.), Civitas / Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 279.

⁶ Sobre la crítica a la protección de la salud individual, MOYA GUILLÉN, C., «El Convenio contra el tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa (2014). Nuevas claves para la interpretación del artículo 156 bis del Código Penal», *Revista General de Derecho Penal*, 22 (2014), p. 12.

el interés de todos a un sistema de salud pública bien saneado que se concretaría en el interés a que los trasplantes de órganos se lleven a cabo con las garantías que en interés de donantes y receptores establezcan las disposiciones legales. Desde la salud pública, sin embargo, se produce a veces un deslizamiento hacia el interés a que el sistema estatal de trasplantes no se vea perturbado por la aparición de un mercado negro que le haría perder credibilidad, o hacia la afectación del sistema sanitario del país de los eventuales titulares de los órganos⁷.

La comprensión del bien jurídico desde la perspectiva de la protección de la salud pública es problemática. El trasplante de un órgano ilícitamente extraído no es idóneo para hacer peligrar la salud pública⁸. Por otro lado, de referirse el bien jurídico colectivo a la protección del sistema nacional de trasplantes se produciría una formalización del bien jurídico y una ampliación del derecho penal de marcado carácter simbólico. Los tipos penales que incriminan el tráfico ilícito de órganos humanos contemplan acciones que, ni suponen un peligro abstracto para la salud pública (ni su lesión, de aceptarse la tesis de que en los bienes jurídicos colectivos el peligro coincide con la lesión), ni conmueven el sistema nacional de trasplantes, incluso puede tratarse de acciones realizadas en el extranjero. Pese a ello, la tesis del bien jurídico colectivo salud pública cuenta con numerosos defensores⁹.

⁷ Críticamente al respecto, CANCIO MELIÁ, M., «Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización: Reflexiones desde la perspectiva española», *Revista Electrónica de Derecho Penal e Política Criminal – UFRGS*, vol. 5, n.º 1, 2017, pp. 12 y s.

⁸ Sobre ello, MOYA GUILLEM, C., «Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación», *Revista General de Derecho Penal*, 31 (2019), p. 9.

⁹ Así, MOYA GUILLEM, C., «Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación», cit., p. 9, donde señala que a pesar de las objeciones que cabe dirigir a esta tesis «este es el único bien jurídico que puede considerarse protegido en el delito de tráfico de órganos». Según Felip i Saborit, las conductas previstas en el artículo 156 bis «son actos de debilitamiento de un elemento constitutivo de la salud pública, el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, construido sobre la gratuidad, el altruismo, así como la equidad en la selección y el acceso al trasplante», FELIP I SABORIT, D., *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Madrid, 2017, pp. 843 y s. Gómez Tomillo destaca hoy la dimensión supraindividual del bien jurídico («las condiciones para un adecuado desenvolvimiento de la extracción y trasplante de órganos, muy próximo, pues, a la idea de salud pública»), GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Gómez Tomillo, M. (dir.), 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 617, donde se aparta de su posición inicial en favor de que se protege la dignidad. GÓMEZ RIVERO, M.ª del C., «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista Penal*, n.º 31, 2013, p. 122, señala que las claves para la comprensión del bien jurídico han de verse en «la tutela de una amalgama

No faltan tampoco partidarios del carácter pluriofensivo del delito¹⁰. Quienes sostienen que se protege la salud individual reconocen a veces la afectación de otros bienes jurídicos, tanto individuales (la libertad o la dignidad del donante), como supraindividuales (la salud pública o el sistema sanitario). Asimismo, quienes parten de la protección de la salud pública o del sistema estatal de trasplantes, sostienen a veces que la vida, la integridad física o la dignidad humana son objeto de protección (mediata)¹¹.

de intereses atentos a la garantía del cumplimiento de las condiciones bajo las que se realizan los actos relacionados con el trasplante». Según Alastuey Dobón, «todas las conductas que se tipifican en el art. 156 bis conllevan la afectación de un bien jurídico colectivo, que puede definirse como las condiciones que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, basado en los principios de altruismo, gratuidad y acceso universal, que sirve de complemento a un bien jurídico individual: la salud de los potenciales donantes y receptores de órganos», ALASTUEY DOBÓN, C., «Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos», *Revista Penal*, n.º 32, 2013, p. 11; la misma autora considera que después de la reforma de 2019 se ha reforzado la dimensión supraindividual del bien jurídico, referido a las condiciones que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, rechazando también que en relación con el tráfico de órganos de personas fallecidas se protejan los sentimientos colectivos de respeto a la memoria de los muertos, ALASTUEY DOBÓN, C., «¿Qué protege el delito de tráfico de órganos? –A propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019– (1)», cit., pp. 5 y s. y 11 y ss. Considera también prioritario el bien jurídico colectivo, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Romeo Casabona, C. M^º/ Sola Reche, E./Boldova Pasamar, M. A. (coord.), Comares, Granada, 2016, p. 97. Para Pérez Ferrer se protege la salud pública, pero señala a la vez la naturaleza pluriofensiva, PÉREZ FERRER, F., «Nuevos desafíos del delito de tráfico de órganos en el ordenamiento jurídico-penal español tras la reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 132, 2020, pp. 109 y s. Para Queralt Jiménez, estamos ante un delito contra la salud pública, «en concreto contra el monopolio público, que en España ejerce la modélica Organización de Trasplantes», aunque añade también que «tal vez sea un delito pluriofensivo», QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 158. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Tráfico de órganos humanos y lesiones», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 107, 2012, pp. 90 y ss. toma posición en favor de la protección del sistema de trasplantes «en sus rasgos esenciales, concebido en términos de gratuidad y equidad», a la vez que sostiene que se protege mediatamente la salud individual de donantes y receptores, así como la dignidad. Sobre la discusión acerca del bien jurídico, ampliamente, MENDOZA CALDERÓN, S., «El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación Al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 11, 2014, pp. 162 y ss.

¹⁰ Ver notas 5 y 9.

¹¹ Felip i Saborit habla de la lesión de un bien jurídico supraindividual, la salud pública, «pero que utiliza como referente típico la posible afectación a la salud y la dignidad del donante», FELIP I SABORIT, D., *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, cit., p. 843. Sostiene que el artículo 156 bis «refuerza la protección de la salud y la dignidad de la persona humana», AGUADO LÓPEZ, S., *Derecho Penal. Parte Especial*,

De manera que cuando se admite la pluriofensividad, unos inclinan la balanza del lado del bien jurídico individual, otros del lado del bien jurídico supraindividual. Frente a unos y otros, ya se sostenga que se protege la integridad física, ya se sostenga la protección de la salud pública o el sistema de trasplantes (la supraindividualidad del bien jurídico en cualquiera de sus versiones), cabe dirigir, respectivamente, las críticas dirigidas a las correspondientes soluciones¹².

También cabe mencionar aquellas posiciones que ven en la incriminación del tráfico de órganos humanos un recurso simbólico al derecho penal por tratarse de conductas que repugnan a la sensibilidad colectiva. Unas veces se habla del «horror moral» que produce el «uso de seres humanos como cajas de repuestos, ante un comercio abyecto en el que el rico se procura algo de tiempo de vida adicional a costa del pobre», degradándose al ser humano a la categoría de objeto, al tiempo que se destaca que «se trata de un bien jurídico colectivo —y de marcado carácter simbólico, de refuerzo de un tabú colectivo—»¹³. Otras veces, después de señalar la afectación de la dignidad de la persona, se señala que también contraría «a la ética y a los valores morales de la sociedad» lo que «remite a un bien jurídico de alcance colectivo que excede a la dignidad de la persona en concreto afectada por la transacción» y que se concreta en «la tutela de una amalgama de intereses atentos a la garantía del cumplimiento

Vol. I. Boix Reig (dir.), Iustel, 2010, p. 164. Sosteniendo que se protege tanto la salud pública como la salud individual, GÓMEZ MARTÍN, V., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1 Corcoy Bidasolo, M. (dir.), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 118, CARRASCO ANDRINO, M.ª del M., *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, Álvarez García, F. J. (dir.), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 267. Asimismo, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Tráfico de órganos humanos y lesiones», cit., p. 93 y ALASTUEY DOBÓN, C., «Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos», cit., p. 11.

¹² El Preámbulo de la L.O. 1/2019 apunta hacia la pluriofensividad: «constituye una grave violación de los derechos fundamentales de las personas y atenta gravemente contra bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la dignidad humana, además de suponer una gran amenaza para la salud pública». También la jurisprudencia, así, S.T.S. de 27 de octubre de 2017 (Ponente Andrés Martínez Arrieta): «el tipo penal introducido en el año 2010 no trata solamente de proteger la salud o la integridad física de las personas, sino que el objeto de protección va más allá destinado a proteger la integridad física, desde luego, pero también las condiciones de dignidad de las personas, evitando que las mismas por sus condicionamientos económicos puedan ser cosificadas, tratadas como un objeto detentador de órganos que, por su bilateralidad o por su no principalidad, pueden ser objeto de tráfico. Y también el propio sistema nacional de trasplantes..., que establece un sistema, nacional, altruista y solidario para la obtención y distribución de órganos para su trasplante a enfermos que lo necesiten».

¹³ CANCIO MELIÁ, M., «Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización: Reflexiones desde la perspectiva española», cit., pp. 13 y s.

de las condiciones bajo las que se realizan los actos relacionados con el trasplante»¹⁴.

Los análisis que acabamos de referir son correctos en lo esencial. En el tráfico ilegal de órganos se asiste siempre a la degradación del ser humano, a la vulneración de la dignidad del titular del órgano. Pero las posiciones mencionadas no dan el paso decisivo en orden a elevar la dignidad al bien jurídico protegido, sino que por caminos diversos apuntan, ya a la protección de un bien jurídico colectivo que responde a una indignación o un horror moral colectivo, ya al incumplimiento de las condiciones bajo las que se han de realizar los trasplantes en una sociedad bien ordenada.

2. *Toma de posición: la dignidad de los vivos... y de los muertos*

a) Que la dignidad de la persona posea las propiedades para constituir un propio bien jurídico penal ha sido en ocasiones rechazado por la doctrina. Las dificultades para definirla, su indeterminación, o el que se halle en la base de los derechos fundamentales y de la personalidad, parecen indicar que no cumple con las exigencias de los bienes jurídico-penales. Sin embargo, ninguno de estos inconvenientes es definitivo y, por el contrario, hay razones que abogan en favor de su reconocimiento como bien jurídico.

El concepto de dignidad puede ser delimitado partiendo de la conocida fórmula del objeto o de la no instrumentalización desarrollada por Dürig y que hunde sus raíces en Kant¹⁵. Dicha fórmula lleva a sostener que la dignidad es menoscabada cuando la persona es tratada como una cosa, como un simple objeto, instrumentalizada para un fin. Es cierto que la mencionada fórmula no delimita positivamente el concepto de dignidad, pero sí acota los posibles comportamientos aptos para vulnerarla

¹⁴ GÓMEZ RIVERO, M.^a del C., «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», cit., p. 122.

¹⁵ HÄBERLE, P., «La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal», traduc. Oehling de los Reyes, A., *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Fernández Segado (coord.), Dykinson, 2008, pp. 203 y 206, STARCK, C., «La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el Derecho alemán», traduc. Oehling de los Reyes, A., *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Fernández Segado (coord.), Dykinson, 2008, p. 244, con referencia a la fórmula de Kant contenida en la *Fundamentación a la metafísica de las costumbres*: «actúa en tu relación con la humanidad, en tu propia persona y en la de todos los demás, como si fueran un fin, nunca un mero medio», STARCK, C., loc. cit., p. 254, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005, pp. 29 y ss.

(cosificación, instrumentalización, degradación...)¹⁶. En todo caso, las dificultades para definir positivamente el concepto de dignidad no pueden ser invocadas como argumento en contra de su eventual protección penal; la indeterminación del concepto de dignidad no es mayor que la de bienes jurídicos, como por ejemplo el honor, protegidos penalmente desde antaño.

La dignidad de la persona se abre camino en la legislación penal moderna como objeto de protección penal. El Código penal francés contiene un capítulo de delitos contra la dignidad bajo la rúbrica «De los atentados a la dignidad de la persona»¹⁷, abriendo un camino que merece ser recorrido, con independencia de que se compartan las concretas decisiones del legislador francés.

b) El tráfico de órganos humanos, en sus diversas manifestaciones, cosifica al titular del órgano. Allí donde la dignidad es vulnerada no debe ser degradada aún más reduciéndola a mero motivo del legislador, ni debe ser instrumentalizada en orden a proteger el interés colectivo al funcionamiento correcto del sistema nacional de trasplantes. La dignidad de la persona es el bien jurídico prioritariamente protegido y no mera *ratio legis*¹⁸.

El trasplante de órganos se basa en donaciones que han de ser altruistas, no remuneradas, gratuitas, expresión de solidaridad entre las personas¹⁹. Tales exigencias, elevadas a principios rectores, no van orientadas a mantener un sistema sanitario saneado en materia de trasplantes, sino a preservar la dignidad de las personas, con independencia de que otros intereses colectivos o individuales puedan estar complementariamente protegidos. La confianza en el sistema de trasplantes y el sistema mismo son solo mediatamente afectados por conductas de tráfico ilícito de órganos, pero no son el objeto inmediato de protección. Esto es especialmente

¹⁶ Ello permite ver un ataque a la dignidad en delitos como los tratos degradantes y la tortura, la trata de seres humanos, los delitos relativos a la prostitución y a la explotación y corrupción de menores, la explotación laboral, la utilización de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la práctica de la mendicidad, determinados delitos de los relativos a la manipulación genética, y, por lo que aquí importa, el tráfico de órganos humanos. Al respecto, ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 12, 2011, pp. 41 y ss.

¹⁷ Capítulo V del Título II del Libro II del Código penal francés.

¹⁸ La considera *ratio legis*, GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Gómez Tomillo, M. (dir.), 2.ª ed., p. 617.

¹⁹ Al respecto, *Principios rectores sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*, de 2010, de la Organización Mundial de la Salud.

claro en el llamado «turismo de trasplantes», pero puede sostenerse con carácter general. Las condiciones de desigualdad y pobreza que frecuentemente subyacen al tráfico ilícito remunerado, y que los instrumentos internacionales y de la Unión Europea tratan de prevenir (de lo que se hace eco la reforma española de 2019 que en el preámbulo de la ley habla de «situaciones de precariedad del supuesto donante»), apuntan a la vulneración de la dignidad de la persona que es reducida a mercancía cuando se trafica con partes de su cuerpo como si de una cosa se tratara. Las elevadas penas que la ley asocia al tráfico de órganos hablan igualmente en favor del carácter esencial del bien jurídico que se pretende proteger.

Los ataques a la dignidad son siempre ataques a la dignidad de otro al que se degrada, cosifica, oprime o reduce a nada. Cabe recordar, con Maihofer, la dimensión intersubjetiva de la dignidad: «sólo el hombre, en su relación con otros, puede mediante su conducta «violar» realmente aquello que es inviolable: la dignidad de otro hombre»²⁰. La exigencia de que los órganos sean ajenos, en el marco de una estructura triangular (traficante, receptor, titular del órgano), puede ser un argumento en favor de la protección de la salud individual. Pero cabe entender también que lo que se protege es la dignidad y que la ajenidad de los órganos con los que se trafica o pretende traficar responde al requisito de la alteridad, a la intersubjetividad, característica de los ataques a la dignidad. La conducta del titular del órgano que comercia con él no se halla incriminada²¹. El delito se orienta a protegerle en su dignidad, lo que hace del titular del órgano un partícipe necesario impune²².

El consentimiento es irrelevante en los ataques a la dignidad. La dignidad es indisponible y debe ser protegida incluso si la víctima acepta el ataque. Viene aquí en consideración un paternalismo moderado, similar al que John Stuart Mill admitía en relación con la libertad cuando reconocía

²⁰ MAIHOFFER, W., *Estado de Derecho y dignidad humana*, traduc. Guzmán Dálbora, J. L., ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2008, p. 7.

²¹ Entiende Benítez Ortúzar que tras la reforma de 2019 en el artículo 153 bis 1. 3.ª se incrimina la comercialización del órgano propio, que «entraría en el concepto de tráfico ilícito y, con ello, del ámbito típico», añadiendo que «puede entenderse que al salirse el donante de las normas propias que regulan el sistema nacional de trasplantes, el órgano adquiriría la consideración jurídica de «ajeno», aun cuando biológicamente sea órgano del donante», BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Morillas Cueva, L. (dir.), cit., pp. 119 y s. Consideramos, sin embargo, que la conducta del titular del órgano que comercia con él, siendo ilícita, no cae dentro del marco del tipo.

²² Así también Muñoz Conde partiendo de una concepción del bien jurídico diferente a la mantenida aquí, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.ª ed. con la colaboración de C. López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 126.

que no somos libres de no ser libres²³: de la misma manera que no somos libres de dejar de ser libres, no somos libres de consentir nuestra cosificación o reducción a cosa.

Sin embargo, la conformidad de la víctima puede llegar a tener alguna eficacia atenuante, en particular en situaciones de venta de órganos para después de la muerte²⁴. En el caso del sujeto que ante la inminencia de su muerte vende sus órganos para después de la misma a fin de que sus familiares se beneficien económicamente, cabría suscitar la posible eficacia atenuante del consentimiento atendiendo a las circunstancias concurrentes²⁵. La dignidad es indisponible y no es graduable, pero los ataques a la dignidad sí son graduables. La persona puede ser más o menos envilecida, degradada, reducida a cosa. De aquí la importancia de reservar para el derecho penal las acciones más intolerables, de conectarles penas proporcionadas a la gravedad del injusto, y de estar prevenidos frente a tendencias expansivas del derecho penal como las que se observan en la regulación del delito de tráfico de órganos en el Código penal español.

c) Titular de la dignidad es la persona humana individual, la persona viva. Donde hay vida hay dignidad, dice en frase lapidaria el Tribunal Constitucional alemán²⁶. Pero también la doctrina constitucionalista alemana ha entendido que *la dignidad no termina con la muerte*: después de la muerte la persona tiene que ser respetada y protegida en su dignidad, si bien, como afirma von Münch, «esta protección pierde intensidad cuanto más tiempo ha pasado desde el fallecimiento, es decir, con el transcurso del tiempo»²⁷. La dignidad de la persona fallecida ha de ser entendida como una prolongación de la dignidad de la persona viva, sin que esa

²³ «No es libertad el poder de renunciar a la libertad» y si alguien se vendiera o consintiera en ser vendido como esclavo su compromiso sería nulo y sin valor, Mill, J. S., *Sobre la libertad*, trad. Pablo de Azcárate, 4.ª ed., Alianza, 1984, p. 190.

²⁴ No dejaría de haber un ataque a la dignidad pues, como luego se dirá, la dignidad se prolonga a los momentos posteriores próximos al fallecimiento.

²⁵ Sobre este supuesto, planteado por Muñoz Conde antes de la regulación del tráfico de órganos en nuestro Código Penal, MUÑOZ CONDE, F., «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 462.

²⁶ DREIER, H., *Grundgesetz Kommentar*, I, 2.ª Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, Art. 1 I, p. 173, VON MÜNCH, I., «La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán», traduc. Oehling de los Reyes, A., *Foro, Nueva época*, núm. 9/2009, p. 112, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, cit., p. 60.

²⁷ VON MÜNCH, I., «La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán», cit., p. 113.

prolongación pueda dilatarse demasiado en el tiempo. Este criterio ha sido reconocido también en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán. Como señala Starck, la dignidad corresponde al cadáver y al recuerdo del difunto, tratándose en ambos casos «de un efecto posterior de la dignidad del hombre vivo, que perdura cierto tiempo», y aclara: «así como el hombre vivo no puede tratarse como objeto y exponerse como prisionero, tampoco se puede exhibir el cadáver conservado, por el interés sensacionalista que pueda tener para la opinión pública»²⁸.

La regulación del delito de tráfico de órganos del artículo 156 bis del Código penal español contempla expresamente el tráfico de órganos de personas fallecidas. Nada de extraño ha de verse en ello desde la perspectiva de la protección penal de la dignidad. Al contrario, todo eventual tráfico ilícito con órganos de personas fallecidas ha de tener lugar necesariamente en momentos próximos al fallecimiento a fin de que el órgano se halle en condiciones óptimas para el trasplante; por consiguiente, la protección penal de la dignidad del difunto tiene pleno sentido y justificación cuando se incrimina el tráfico de órganos de personas fallecidas.

d) A veces se ha reconocido a la dignidad una dimensión colectiva o supraindividual predicándose de grupos o colectivos. Qué duda cabe de que se puede reificar o cosificar a grupos de personas²⁹, ejemplos de ello están en la mente de todos. El Tribunal Constitucional español mantiene una posición complicada sobre la eventual dimensión supraindividual de la dignidad³⁰. En relación con el tráfico de órganos, cabría suscitar si se vulnera la dignidad de la humanidad en su conjunto. Cuando se degrada, cosifica, instrumentaliza a una persona, la dignidad de todos, incluido quien realiza la acción, se ve de alguna manera afectada³¹, pero no es esta

²⁸ STARCK, C., «La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el Derecho alemán», *cit.*, pp. 255 y 258. La inhumación de los muertos es también una cuestión de dignidad: Antígona enterrando a su hermano, o Aquiles entregando a Príamo el cuerpo de su hijo muerto actúan conforme exige el respeto a la dignidad. Sobre ello ya, ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad», *cit.*, pp. 31 y s.

²⁹ Sobre la reificación de grupos de personas, HONNETH, A., *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*, trad. Calderón, G., Katz, Buenos Aires, 2007, pp. 83 y ss., 137 y 142.

³⁰ Nos remitimos al detenido estudio sobre el particular de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 131 y ss.

³¹ Esto podría entenderse así desde la perspectiva del «yo es otro» desarrollada por LEVINAS, E., *Humanismo del otro hombre*, trad. Guillot, D. E., Siglo Veintiuno, Madrid, 1974, pp. 112 y ss. y 121. Vid. también, RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, trad. Neira Calvo, A., Siglo Veintiuno, Madrid, 1996, pp. 396 y s.

eventual dimensión supraindividual de la dignidad lo que se protege a través del delito de tráfico de órganos. Se protege la dignidad individual, la del titular del órgano afectado por la acción. Cuestión distinta es la crítica que *de lege ferenda* pueda merecer una regulación tan amplia como la española desde la perspectiva de la potencialidad lesiva para la dignidad de las acciones incriminadas.

e) Sustraído el tráfico de órganos humanos de los ámbitos de la salud pública o del correcto funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, el reconocimiento de la dignidad como bien jurídico protegido permite dar una respuesta satisfactoria a diferentes problemas concursales, cuestión que aquí nos limitamos a apuntar. En el caso de que, mediando contextualidad temporal, se realicen acciones que recaigan sobre una pluralidad de sujetos (extracción de órganos de diferentes personas) estaremos ante un fenómeno de pluralidad delictiva. Habrá tantos ataques a la dignidad, bien jurídico personalísimo, como extracciones ilegales de órganos se realicen. A diferente solución pueden llegar –sosteniendo que habrá un único delito– quienes parten de que se protege un bien jurídico colectivo³². La misma relación concursal, de concurso de delitos, concurrirá en relación con los resultados de muerte o lesiones que eventualmente se produzcan, toda vez que se tratará de delitos con diferente objeto de protección (ataque a la vida o la salud además de a la dignidad). Asimismo, habrá concurso de delitos, en su caso, con el delito de trata de seres humanos, sin que sea obstáculo al respecto el entender que ambos delitos, la trata de seres humanos y el tráfico de órganos, se orientan a proteger la dignidad, pues ambos delitos presentan espacios propios de incriminación. La solución del concurso de delitos viene dada hoy por lo previsto en el artículo 156 bis 9. («En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 177 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos»), y por lo que ya establecía el artículo 177 bis 9. en relación con el delito de trata de seres humanos³³. En el caso de trata de seres humanos con la finalidad de extracción de sus órganos humanos, de cumplirse esta finalidad,

³² Así, GÓMEZ RIVERO, M.^a del C., «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», cit., p. 136, ALASTUEY DOBÓN, C., «Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos», cit., p. 13.

³³ En relación con diferentes situaciones que se pueden presentar en las que aquí no podemos detenernos, GÓMEZ RIVERO, M.^a del C., «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», cit., p. 137, MOYA GUILLEM, C., «Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación», cit., pp. 24 y ss.

la pluralidad de delitos viene a agotar materialmente el total contenido de desvalor de los hechos y los sucesivos ataques a la dignidad.

f) Siendo la dignidad individual del titular del órgano el bien jurídico protegido, las acciones contempladas en la ley han de interpretarse teleológicamente atendiendo a su potencialidad lesiva para dicho bien jurídico. *De lege lata*, el tráfico ilegal ha de ser materialmente apto para menoscabar la dignidad, lo que significa que ha de tratarse de una conducta expresiva de la cosificación o instrumentalización de la persona.

La mediación de contraprestación económica, la falta, en su caso, de consentimiento o de autorización, etc., son conductas que pertenecen al ámbito de la instrumentalización y cosificación del titular del órgano. Pero cuando se incriminan conductas que suponen un adelantamiento excesivo de las barreras de protección del bien jurídico, la intervención penal puede no estar justificada; este es un problema general que se enmarca en el contexto del excesivo recurso al Derecho penal característico de los últimos tiempos. Conductas de intermediación, como solicitar retribución o aceptar ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor, anticipan enormemente las barreras de la protección penal; ello no significa, sin embargo, que pese a lo alejado del ataque al bien jurídico en tales conductas deje de hallarse el germen de la efectiva vulneración de la dignidad, significa tan solo que la incriminación debería pasarse por el filtro del principio político criminal de intervención mínima.

El Artículo 510 Del Código Penal

M.^a José Berdugo García-Maestro



I. INTRODUCCIÓN

UNA TRADICIONAL CANCIÓN ALEMANA comienza afirmando: «*Die Gedanken sind frei*», los pensamientos son libres¹, esta contundente afirmación, con raíces en la ideología liberal decimonónica, deja abierta una interrogante, que constituye el núcleo de estas páginas, cuando pueden dejar de ser libres la exteriorización de los mismos, cuando pueden llegar a ser contrarios al ordenamiento jurídico.

La respuesta a esta pregunta, será distinta dependiendo dónde busquemos la respuesta. El distinto modo de abordar la relación entre la libertad de expresión y los que conocemos como delitos de odio presenta dos grandes modelos que podríamos denominar el «modelo americano», y el «modelo europeo». El seguir uno u otro camino encuentra su razón de ser en la distinta piedra angular en torno a la cual se cimientan los distintos ordenamientos jurídicos.

Así, mientras que en el «modelo americano», el estadounidense, la libertad de expresión— es reconocida en la primera enmienda de su Carta Magna—, en el «modelo europeo» este valor angular lo tiene la dignidad de la persona².

¹ Die Gedanken sind frei Canción popular alemán, que representa el deseo de obtener libertad e independencia sobretodo en tiempos de supresión política. https://es.wikipedia.org/wiki/Die_Gedanken_sind_frei Última entrada el 30 de agosto de 2021.

² Así el art. 1 de La Declaración Universal de los Derecho del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 dispone que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...» en su artículo 2 establece que: «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción de alguna de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Los términos delitos de odio y el discurso del odio son utilizados en demasiadas ocasiones de manera unívoca en los medios de comunicación. Sin embargo, desde un punto de visto penal, recogen distintas figuras con orígenes diferentes. Así mientras la expresión delitos de odio o «hate crime» tiene su origen en la tradición legislativa de Estados Unidos, la expresión discurso de odio o «hate speech» lo tiene en la Convención Europea de los Derechos Humanos.

Los delitos de odio, incorporan el mensaje de odio por la vía de los hechos, cuyo ejemplo más claro en nuestro derecho es el contenido de la agravante genérica del art. 24.4. Se castiga una determinada conducta con una pena superior cuando se dirige a una persona por su pertenencia a un determinado grupo o colectivo. Estamos por tanto ante una agravación de cualquier delito.

Mientras que el discurso del odio criminalizado, se plasma en delitos contruidos como tipos autónomos que plantean principalmente dos problemas de hondo calado, por un lado, cuando el legislador recurre a esta técnica, está tomando la decisión político criminal de adelantar la mayor parte de las veces de modo excesivo las barreras de intervención del derecho penal, lo que tiene una difícil conciliación con el principio de intervención mínima que debe inspirar el recurso al Derecho penal y por otro lado, como se ha visto en apartados anteriores presenta una importante su colisión con la libertad de expresión.

La Recomendación de política general n.º 15 sobre la lucha contra del discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia de 8 de diciembre de 2015, establece que «a efectos de la presente Recomendación General, el discurso de odio debe entenderse como el fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, humillación o el menosprecio de una persona o grupos de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupos de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de «raza», color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales³».

Aunque hay que advertir y no olvidar, que esta definición no implica que todo discurso que cumpla estas características tenga que ser objeto de reproche penal, como así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo⁴ al

³ LANDA GOROSTIZA, J.M. *Los delitos de odio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 24.

⁴ STS 4/2017, de 18 de enero.

establecer que «entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerante y, por ello, necesariamente delictivo».

El discurso de odio puede presentar, por tanto, una distinta intensidad, lo que debe llevar a que no todo discurso de odio sea objeto de sanción penal. Así, el discurso del odio criminalizado, podrá ser sólo aquel discurso extremo, que por la gravedad de su contenido justifique la limitación de determinados derechos fundamentales, en especial en el derecho a la libertad de expresión.

II. EL DISCURSO DEL ODIOS EN EL CÓDIGO PENAL

La entrada en vigor del Código Penal de 1995, tuvo particular importancia para el tema que nos ocupa al traer consigo una auténtica explosión de la normativa antidiscriminatoria en el ordenamiento jurídico penal español⁵. Esto fue debido, por un lado, a que España se hizo eco de las tendencias punitivas internacionales relacionadas con estas conductas⁶, pero también, cambio en la jurisprudencia del TC entorno al contenido del principio de no discriminación (art. 14 CE), que como se expuso, establece una estrecha relación entre discriminación y dignidad humana (caso Violeta Friedman).

La regulación de estos delitos en nuestro ordenamiento jurídico-penal se encuentra en perfecta sintonía con el amplio modelo de restricciones del discurso del odio propio del modelo europeo, con la única disonancia que supuso la declaración de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio (STC 235/2017 de 7 de noviembre)⁷.

⁵ Bien es cierto que no es la primera vez que se regula esta materia en nuestro ordenamiento jurídico penal, así en la Reforma de 1983 se introdujo el delito de discriminación en la prestación de servicios públicos o la LO 4/1995, que introdujo la apología del genocidio, la provocación y la apología de la discriminación y una nueva agravante genérica vinculada con los motivos racistas o discriminatorios del autor. LAURENZO COPELLO, P. «La discriminación en el Código Penal de 1995» *Estudios Penales y criminológicos*. ISSN: 1137-7550, n.º 19, 1996, pág. 225-226.

⁶ Caben destacar el Convenio de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966. LAURENZO COPELLO, P. «La discriminación en el Código» cit., pág. 223-224.

⁷ ALCÁCER GIRAU, R. «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y Europa» *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103, enero-abril 2015.

La LO 1/2015 modificó el contenido del artículo 510 del Código Penal, al ampliar las conductas típicas que recogía la regulación anterior. Esta modificación, en lo que a la regulación de los delitos de odio se refiere, pretende, como el legislador sostiene en la exposición de motivos, por un lado, introducir nuevos criterios derivados de la declaración parcial de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio (STC n.º 235/2007 de 7 noviembre), que imponía «una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra las minorías⁸ y por otro, la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de Consejo Europeo, relativa a la lucha contra determinadas formas de manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

Esta Decisión Marco supuso un paso esencial en el reconocimiento de los delitos de odio en la Unión Europea, al fijar como objetivo común a los países miembros, el dar respuesta penal a «la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico»; así como a «la apología pública, la negación o la trivialización flagrante» de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, de los crímenes de guerra y de los crímenes definidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, dirigidas contra grupos diana como los anteriores mediante «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias⁹».

Sin embargo, hay que tener presente como la propia decisión Marco contemplaba la posibilidad de limitar el ámbito punitivo, al exigir, bien la perturbación del orden público, caso del modelo alemán, que las expresiones/manifestaciones resulten amenazadoras, abusivas o insultantes, como sucede en el modelo anglosajón, o, como establece el modelo francés, que los crímenes negados hayan sido reconocidos por resolución firme de tribunal nacional o internacional. Este es el contenido de la cláusula de garantía de las libertades fundamentales del art 7 de esta Decisión Marco, al establecer que las medidas adoptadas por los Estados en el cumplimiento de la misma, en ningún caso podrán comprometer la libertad de expresión¹⁰.

⁸ RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, S., «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015». *Revista de derecho penal y criminología*. Julio 2014, pág. 167.

⁹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Pág. 1.

¹⁰ TERUEL LOZANO, G. M., «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal» *InDret, revista para el análisis del derecho*, octubre de 2015, pág. 5.

Especialmente crítico con la posición del legislador español es PORTILLO CONTRERAS¹¹, que considera que la actual redacción del artículo 510 no respeta la Decisión Marco al sancionar la incitación pública al odio y a la violencia. Pues entiende que lejos de asumir la idea de reducción de la conducta típica a la incitación directa a la discriminación o violencia, el castigo se extiende a otros actos que, sin llegar a la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, o participaciones intentadas, pueden fomentar, promover o incitar directamente al odio.

III. EL ARTÍCULO 510 CP: «ARQUETIPO DEL DISCURSO DEL OUDIO»

Este precepto se encuentra ubicado en la sección 1.ª, «de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución», del Capítulo IV, «de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», del Título XXI, Delitos contra la Constitución» del Libro II del Código Penal. La posición sistemática de este precepto, en el Código Penal no resulta baladí, como bien señala la Circular de la Fiscalía General del Estado (FGE en adelante), apunta hacia el correcto ejercicio de los derechos fundamentales relevantes para cualquier sociedad democrática, como son las libertades de expresión y opinión (art. 20 CE).

Tal y como ha manifestado el TS¹², «el ordenamiento jurídico español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, quizá demasiados, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 del Código Penal (se erige) como arquetipo del discurso del odio».

La redacción dada al artículo 510, por la LO 1/2015 es más amplia que la anterior, presenta contornos difusos, de difícil compatibilidad con el principio de intervención mínima y tipicidad penal, que como se verá dificultan su aplicación.

Como señala PORTILLA CONTRERAS, la nueva redacción dada al actual artículo 510, excede la noción defendida por el TEDH, que establece que únicamente serán merecedoras de sanción penal la incitación directa a la

¹¹ PORTILLO CONTRERAS, G., «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas» (Fernando Miró Llinares), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid 2017. Pág. 97.

¹² STSS 646/2018 de 14 de diciembre, 47/2019 de 4 de febrero, 185/2019 de 2 de abril. <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/> Última entrada el 28 de agosto de 2021.

violencia o a la discriminación¹³, y por otro lado, el legislador se excede del límite trazado por el Tribunal Constitucional sobre el delito de negación del genocidio ya que, el tribunal admite «junto a los casos de incitación – directa o indirecta–, amplía la conducta típica a supuestos que no más que participaciones impunes en tentativa¹⁴.

Así, la LO 1/2015 supone una expansión del citado precepto. Por un lado, se amplía hasta en un total de 6 figuras penales distintas sobre las que se proyectan diversos tipos cualificados, diferenciando dentro del tipo básico dos conductas típicas, por un lado la incitadora y por otro la de matiz injurioso¹⁵. Se amplía el ámbito de aplicación de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, así como la justificación del genocidio, al tiempo que introduce nuevos tipos penales.

1. *Bien jurídico protegido*

La doctrina penal está lejos de sostener en este punto una postura unánime, al bascular entre las propuestas que defienden una protección más individual de tipo antidiscriminatoria y las propuestas de aquellos que propugnan la protección de colectivos. En un punto medio se encuentran quienes abogan por un bien jurídico de carácter mixto, así por ejemplo GÓMEZ MARTÍ¹⁶ defiende una propuesta mixta de bien jurídico individual colectiva, o la de PORTILLA CONTRERAS¹⁷ que sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 510 varía dependiendo de las conductas típicas, así nos encontraríamos con la tutela al derecho a la igualdad del colectivo afectado en los casos de discriminación y en el caso de referencias a la violencia considera que el bien jurídico tutelado no es otro que la seguridad, negando el autor la existencia de bien jurídico protegido en los casos de incitación al odio.

Nuestra CE en su art. 10 de la CE proclama que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo

¹³ PORTILLO CONTRERAS, G., «Incompatibilidad entre la versión del «discurso del odio» ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ciertas interpretaciones de los delitos de los artículos 510 y 578 del Código Penal español» en «terrorismos, delincuencia organizada y justicia transnacional: reflexiones y propuestas penales desde la Universidad de Salamanca» Ed. Universidad de Salamanca, diciembre de 2020, pág. 48.

¹⁴ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015». *Revista de derecho penal y criminología*. Julio 2014. Pág. 168.

¹⁵ LANDA GOROSTIZA, J. M., «delitos de odio», cit., pág. 64.

¹⁶ LANDA GOROSTIZA, J. M., «delitos de odio», cit., pág. 57.

¹⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., «El retorno de la censura», cit., pág. 92.

de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social». Por su parte el art. 14 de texto constitucional reconoce que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social¹⁸. Por lo que la base sobre la que se sustenta la protección de estos tipos delictivos reside, principalmente, en el respeto a la dignidad de la persona, a la que a su vez el Estado debe asegurarle la protección de otra serie de derechos que tal y como dispone el art. 14 de la CE son inherentes a todo ser humano y que por ende deben ser objeto de protección jurídico penal sancionando conductas que vulneren el ejercicio de los derechos o libertades fundamentales, sin distinción ni motivación alguna para dichas personas con independencia de su raza, color, sexo, idioma, opinión política o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición como señala nuestro texto constitucional¹⁹.

Una lectura conjunta de los preceptos constitucionales, junto con la reforma operada por la LO1/15, la actual regulación del art. 510 engloba la totalidad de modalidades comisivas de este tipo de delitos²⁰, al haberse trasladado al mismo el contenido de las conductas anteriormente recogidas en el art. 607.2, siendo por tanto el bien jurídico protegido, como señala

¹⁸ En idéntica línea el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, vid. Supra. En idéntico sentido el Protocolo n.º 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, que en su art. 1 establece que «el goce de todos los derechos reconocidos por la Ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»; o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007 que en su art. 1 establece que «la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida», y en su art. 21.1 proscribir cualquier tipo de discriminación «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad y orientación sexual». IGLESIAS GARCÍA, M. J., «Delitos de odio. Análisis jurídico penal en el código penal español» (directores Miguel Bustos Rubio y Alfredo Abadías Selma) *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal*. Ed. Bosch editor 2020, pág. 809.

¹⁹ IGLESIAS GARCÍA, M. J., Delitos de odio, cit., pág. 810.

²⁰ Con la salvedad del delito de apología del terrorismo o delito de humillación de las víctimas (art. 578), el delito de difusión pública de mensajes o consignas idóneas para incitar a los delitos de terrorismo (art. 579.1 CP). LANDA GOROSTIZA, J. M., «delitos de odio», cit., pág. 58.

LANDA GOROSTIZA la «tutela de las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables», en tanto en cuanto los autores de estos delitos tratan de minar las bases mínimas de convivencia democrática mediante la siembra del odio hacia determinados colectivos.

Es por lo que la justificación de la tipificación de este tipo de delitos reside en la sanción de determinadas conductas guiadas por la motivación basada en el hecho de pertenencia a un grupo²¹, el cual tenga como factor común motivaciones discriminatorias basadas en la raza, religión, etnia, nacionalidad, género, orientación sexual.

2. *Naturaleza jurídica del delito*

En un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo²², configuró este tipo delictivo como delito de peligro, al menos a través de un juico de peligro hipotético o potencial, que más allá de la conducta típica evidenciara en abstracto la idoneidad lesiva de la conducta.

Sin embargo, esta postura más restrictiva, ha sido paulatinamente abandona, considerando que nos encontramos ante un delito de riesgo abstracto, puro, potencial o posible²³. En estos tipos penales, se anticipa la barrera de punitiva dotando de entidad propia aquellas conductas que generan un riesgo para los bienes jurídicos relevantes en un sistema democrático.

Así, siendo un delito de mera actividad, continua la resolución citada, se consuma por la sola incitación a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador, siendo suficiente que el discurso sea «potencialmente idóneo a la incitación, aunque sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, pues hay que insistir, el delito se consuma con la simple realización de esa conducta idónea generadora de riesgo, el delito aflora de su propia descripción típica, porque no precisa ningún resultado». En síntesis, ante el tribunal hay que probar la realización de la conducta y no el riesgo que haya generado, que el legislador presume. Esta presunción y en general los delitos de peligro abstracto son difícilmente compatibles con los principios propios del modelo de Estado constitucionalmente consagrado.

²¹ Es el denominado marcador de grupo en tanto en cuanto la acción delictiva, aunque solo se dirija frente a un individuo, deberá de acreditarse que se ha llevado a cabo por la pertenencia de la víctima a ese grupo. LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de odio», cit., pág. 59.

²² STS 259/2011 de 12 de abril.

²³ STS 675/2020 de 11 de diciembre.

Entiende el TS que la misma naturaleza jurídica tiene el delito de negación/justificación del genocidio (tras la declaración parcial de inconstitucionalidad del tipo penal), ya que respecto del antiguo art. 607.2 del código penal, en su sentencia de 12 de abril de 2011 dispone que «aun siendo contundentemente rechazables por su directa ofensa a la dignidad humana cualesquiera ideas que de alguna forma se muestren favorables a tal clase de actos o sean condescendientes con los mismos, no basta para incurrir en la conducta punible prevista en el artículo 607.2 del Código Penal con difundir ideas o doctrinas que justifiquen el delito de genocidio, o que mediante afirmaciones y opiniones favorables simplemente lo disculpen o lo vengán a considerar un mal menor. Es preciso, además, que bien por la forma y ámbito de difusión, y por su contenido, vengán a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, oído o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos». Es necesario, por tanto, continua el tribunal que los actos de difusión de esta clase de ideas o de doctrinas supongan un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, no es necesario que se trate de un peligro concreto, siendo suficiente, la concurrencia de un peligro potencial, siendo suficiente la acreditación de un peligro potencial o hipotético, según el cual «lo que importa es la capacidad de la conducta para crear un peligro relevante».

Para ponderar la existencia o no del peligro exigido, habrá que tener en cuenta, tanto el contenido del mensaje difundido, como el medio a través de cual se realiza y en todo caso el ámbito social al que se dirigen los actos en cuestión. Habrá que valorar, por tanto, no solo el contenido del mensaje en cuestión, sino también el cómo se emite el mismo –el continente– así como el momento en el que este se emite, no siendo necesario exigir un «contexto de crisis, en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro, que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro».

Para entender afectado el bien jurídico protegido en este tipo penal será preciso que «el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de los terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata por tanto de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege²⁴».

²⁴ STTS 3386/2011 de 12 de abril.

3. *Los colectivos protegidos*

El origen del delito de odio, como se ha visto al inicio, está relacionado con la protección de colectivos desfavorecidos. Es por ello, la pluralidad de conductas típicas incardinadas dentro del artículo 510 tienen un punto en común y es que las mismas vayan dirigidas contra colectivos que tradicionalmente han sido especialmente vulnerables. Así, el Tribunal Supremo²⁵, de forma reiterada ha afirmado «en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma». Reconociendo el Tribunal que «en realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación²⁶».

Los colectivos vulnerables sobre los que se construye este tipo penal, tradicionalmente eran las mismas sobre las que se construye en catálogo taxativo de la agravante de discriminación del artículo 22.4 del código penal, que se analizará más adelante.

Sin embargo, esto ya no es así, la LO 4/21 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, modifica, ampliando el «*numerus clausus*» de los motivos de la discriminación previstos en el artículo 22.4 del código penal, incluyendo la «edad», ampliando la identidad sexual «o de género» y la de «aporofobia» o de exclusión social». Esta ampliación de los colectivos protegidos llevada a cabo por el legislador, sorprendentemente, no ha tenido su correspondiente ampliación dentro de los colectivos protegidos en el artículo 510. De tal manera, que, tras la reforma operada, se produce la incongruencia, ya que teniendo ambos preceptos penales como finalidad la protección de determinados colectivos desfavorecidos, que la agravante del artículo 22.4 actualmente protege a un grupo de colectivos mayor que el artículo 510 del código penal.

En concreto, los grupos diana que pueden ser el sujeto pasivo para los delitos contenidos en el art. 510, y que constituyen un grupo cerrado, son los siguientes: «motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación

²⁵ STSS 646/2018 de 14 de diciembre, 47/2019 de 4 de febrero. <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/> Última entrada el 28 de agosto de 2021.

²⁶ STSS 646/2018 de 14 de diciembre, 47/2019 de 4 de febrero, 185/2019 de 2 de abril.

sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad,²⁷» no aparecen por tanto los de reciente incorporación de la agravante.

Pero, si bien es cierto, que como se ha visto el origen de este tipo de delitos se encuentra en la necesidad de protección de determinados colectivos vulnerables, no es menor que la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo penal que requiera ser probado, ya que el legislador, al incluirlo dentro del tipo penal, ha partido de una vulnerabilidad intrínseca de estos grupos protegidos por la norma, como tampoco será relevante el valor ético o moral que pueda tener el sujeto pasivo del delito²⁸.

Al carácter colectivo del sujeto pasivo de estos tipos delictivos ya hacía referencia el TC en su sentencia de 11 de noviembre de 1991 donde afirmaba que «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean».

La reforma operada por la LO 1/2015, supuso una modificación de los colectivos de referencia²⁹, no solo ampliándolos, sino que a la anterior referencia a «grupos o asociaciones» añadió la posibilidad de que las conductas sancionadas se refieran individualmente a una persona determinada³⁰. Así, la conducta típica deberá de proyectarse frente a un «grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél³¹», debe de existir en todo caso una afectación supra-individual, «la conducta no solo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos

²⁷ Los grupos diana protegidos por el artículo 510 del código penal, es más amplio que los motivos recogidos en el artículo 1.1 a) DM 2008/913/JAI que enumera «raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico». Sin embargo, el artículo 510 omite la referencia al color o a la ascendencia. Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Pág. 12.

²⁸ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Pág. 11.

²⁹ Se añade el término «nación», la «identidad sexual» y se sustituye, el término «minusvalía» por el de «discapacidad».

³⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., «El ámbito de aplicación» cit., pág. 176.

³¹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Pág. 11.

de lesión de la dignidad, de la inseguridad y de amenaza³²». Así el carácter supraindividual hará que no sea suficiente que, con la mera afección a un sujeto concreto, exigirá que la conducta tenga una cierta relevancia supraindividual para considerarla merecedora de reproche penal.

Sin embargo, el TC en su Sentencia 177/2015, que consideró como «discurso de odio» la quema de las fotos del Rey, o más recientemente la Sentencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional 2/2019 caso «Alsua», que confirma la aplicación por parte del tribunal de 1.^a Instancia la aplicación de la agravante del artículo 22.4 a la agresión que sufrieron dos guardias civiles y sus parejas en un bar de dicha localidad, lleva implícita la equiparación de la monarquía o de la Guardia Civil como colectivos desfavorecidos merecedores de protección de este tipo de figuras penales.

El contenido de estas dos sentencias es claramente cuestionable y se apartan de la jurisprudencia del el TEDH, que, en el caso Savva Terentev c. Rusia de 28 de agosto de 2018³³ establece, que «la policía, una agencia pública encargada de hacer cumplir la ley, difícilmente puede ser descrita como una minoría desprotegida o como un grupo que tenga un historial de opresión o desigualdad, o que afronte arraigados prejuicios, hostilidad o discriminación, o que sea vulnerable por alguna razón y que, por ello, requiera en principio una protección cualificada». Como bien señala LANDA GOROSTIZA, esta tendencia a instrumentalizar la legislación del odio en favor de determinados colectivos, que lejos de situarse en la línea de protección típica de colectivos o minorías vulnerables, se inscriben por el contrario en grupos investidos de autoridad o en el ejercicio de determinadas funciones públicas³⁴, dando lugar, a una suerte de «desviación» del objeto de tutela hacia la protección institucional³⁵.

4. *Tipo subjetivo: delitos dolosos*

Estos tipos penales, de carácter esencialmente tendencial solo permiten su comisión dolosa. Sin embargo, tal y como ha venido sucediendo con muchos tipos penales, como en el caso de las injurias o las calumnias,

³² STSS 646/2018 de 14 de diciembre, 47/2019 de 4 de febrero. <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/> Última entrada el 28 de agosto de 2021.

³³ STEDH Savva Terentev c. Rusia de 28 de agosto de 2018. <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/> Última entrada el 28 de agosto de 2021.

³⁴ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Los delitos de odio», cit., pág. 100.2

³⁵ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Los delitos de odio», cit., pág. 100.

ya no se exige, un ánimo especial, no siendo necesario la acreditación de la finalidad con la que se ejecutaba el acto en cuestión.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de diciembre de 2018, respecto del delito de humillación a las víctimas del terrorismo, estableció que será suficiente, por lo tanto, «el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo, en otras palabras, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una merma de la reputación, aprecio y dignidad de las víctimas del terrorismo y su familiares». «...basta con asumir como propia la humillación a las víctimas del terrorismo...», «...basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo».

Estos tipos penales, están compuestos por un elemento subjetivo tendencial que deberá concurrir en todo caso para que la conducta considerada merecedora del reproche penal, y no es otro que la acción sea realizada por motivo de odio o de discriminación hacia un determinado colectivo protegido por la norma.

La valoración del elemento tendencial exigido no estará exenta de dificultades. Así como señala la Circular de la FGE en esta materia³⁶, sin caer en el proscrito derecho penal de autor, habrá que ponderar las circunstancias o características que rodean al autor del hecho en cuestión desde los antecedentes penales o policiales por hechos similares, el análisis de su actividad en las redes sociales, su pertenencia o no a grupos caracterizados por el odio a alguno de los colectivos protegidos. Pero, junto con estos elementos, también habrá que valorar el contexto en el que se desarrolla la acción, como por ejemplo la ausencia de relación previa entre la víctima y el autor, la gratuidad de los hechos, admitiéndose en hechos especialmente graves y complejos, al amparo del art. 370.4 de la LECR la práctica de la «prueba pericial o de inteligencia³⁷».

³⁶ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Pág. 17.

³⁷ Prueba que supone adentrarse dentro de las entrañas de determinados colectivos, que por la opacidad en la que realizan sus conductas no permiten constatar su actividad por otras vías de pruebas más habituales. Sus requisitos han sido establecidos, entre otras en la STS 984/2016 de 11 de enero.

IV. MODALIDADES COMISIVAS

I. *Art. 510.1 a)*

La modificación operada por la LO 1/2015 amplió los verbos de este tipo penal, sustituyendo el de «provocar³⁸» por las de «fomentar³⁹», «promover⁴⁰» o «incitar⁴¹ directa o indirectamente» al odio, la hostilidad, discriminación o la violencia. Salvo de la provocación del resto de vocablos aún no se tiene una interpretación jurisprudencial de los mismos⁴².

Una simple lectura sirve para poder concluir que, los verbos que en la actualidad integran el tipo delictivo son verbos cuya diferencia es sutil y que todos ellos son verbos de naturaleza finalista, que implican la acción de llevar a una persona a realizar un determinado comportamiento.

Desde un punto de vista jurídico penal, son conductas cuya finalidad última, pertenecen al foro interno de la persona, debe de ser la de sumarse al odio, a la discriminación de los colectivos protegidos por el tipo, por lo que su introducción dentro del tipo penal supone un adelantamiento de la utilización del Derecho penal a lo que materialmente constituyen actos preparatorios de comportamientos considerados delictivos.

La reforma operada por la LO 1/15, termina con la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si el delito del art. 510 debía de ser interpretado como una modalidad de provocación a un delito concreto tal y como exige el art. 18.1 del código penal⁴³, para la sanción de los actos preparatorios punibles.

³⁸ La definición de la RAE de provocar es: 1. Producir o causar algo. 2. Buscar una reacción de enojo en alguien irritándolo o estimulándolo con palabras u obras que le enojen. <https://dle.rae.es/provocar> Última entrada el 28 de agosto de 2021.

³⁹ La definición de la RAE de fomentar es: excitar, promover, impulsar o proteger algo. 2. Atizar dar párvulo a algo. (solo se recogerán las dos primeras acepciones por ser las relevantes para el tema que nos ocupa). <https://dle.rae.es/fomentar?m=form>. Última entrada el 28 de agosto de 2021.

⁴⁰ La definición de la RAE de promover es: impulsar el desarrollo o la realización de algo. (Solo se recogerá la primera acepción por ser la relevante para el tema que nos ocupa). <https://dle.rae.es/promover?m=form>. Última entrada el 28 de agosto de 2021.

⁴¹ La definición de la RAE de incitar es: introducir con fuerza a alguien a la acción. <https://dle.rae.es/incitar?m=form>. Última entrada el 28 de agosto de 2021.

⁴² <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/> Última entrada el 28 de agosto de 2021.

⁴³ Art. 18.1 del código penal: «la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito».

Así respecto del vocablo «provocación» y su relación con el artículo 18.1 el Tribunal Supremo⁴⁴ se había pronunciado al afirmar que «La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18 del Código Penal, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo».

Frente a esta posición, parte de la doctrina⁴⁵ hacía una interpretación sistemática el art. 510 en relación con el 18.1 del código penal, concluyendo que el primero de los preceptos castiga la provocación a la comisión de un delito de discriminación de odio o con violencia contra determinados grupos de personas recogidos en el tipo penal, planteamiento que resulta problemática, toda vez que en nuestro código penal no existe la categoría «delitos de odio». Además, si fuera así, se incurriría en una violación del principio de proporcionalidad penal, toda vez que el art. 18.1 prevé que en el caso de la provocación se impondrá la pena inferior a uno o dos grados a la pena prevista para el delito que se tratara, tal regla no se cumpliría en el caso de que la pena prevista para el tipo fuera leve.

La actual redacción del tipo penal establece que el objeto de la incitación, fomento o promoción no tiene por qué ser a la comisión de un delito, por lo que, como afirma LANDA GOROSTIZA, nos encontraríamos ante una provocación *sui generis*, que busca incluir en el tipo penal discursos dirigidos a amplios sectores o grupos de población para incidir en ellos de manera negativa en las relaciones con determinados colectivos con un riesgo potencial para sus derechos fundamentales⁴⁶.

El hecho de que no se exija una incitación directa a la comisión de un delito, provoca que nos encontremos ante un tipo penal excesivamente abierto, que solo podría llegar a cumplir con las exigencias constitucionales,

⁴⁴ STS 26 de febrero de 2018.

⁴⁵ GÓMEZ MARTÍNEZ, V., «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista» (Dir. Fernando Miró Llinares) *En cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid 2017, pág. 182.

⁴⁶ LANDA GOROSTIZA, J. M., «El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP» (directores J. M. Landa Gorostiza y E. Garro Carrera) *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 225.

si se lleva a cabo una interpretación restrictiva del mismo. Así, el principio de lesividad exige que la limitación de un derecho fundamental solo podrá justificarse en la puesta en peligro o lesión de otro bien constitucional. A tal respecto el Tribunal Supremo, STS 648/2018 de 14 de diciembre,⁴⁷ ha establecido que «la restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona son otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal».

En aras, al principio de intervención mínima y de proporcionalidad penal, carecerá de relevancia penal, toda provocación, incitación que no constituya de una manera clara un llamamiento que se repunte eficaz para pasar de las palabras a los actos. Solo serán relevantes penalmente, aquellos llamamientos que por su naturaleza y circunstancias supongan la colación de un determinado colectivo de peligro potencial para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La literalidad del precepto analizado, exige que la incitación al odio, a la discriminación sea bien directa, o bien indirecta con lo que será necesario en este caso un análisis del contexto en el que intersubjetivamente se convierte en medio idóneo para mover voluntades hacia una agresión colectiva. El tipo básico que estamos analizando, como acertadamente señala LANDA GOROSTIZA⁴⁸, supone el paso al acto, lo que implica el riesgo de una explosión de violencia inminente, que en el caso de que pusiera en peligro la paz pública o creara un grave sentimiento de inseguridad o de temor⁴⁹, fuera de aplicación el artículo 510.4 del código penal.

⁴⁷ STS 648/2018 de 14 de diciembre. <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>. Último acceso el 28 de agosto de 2021.

⁴⁸ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de odio», cit., pág. 59.

⁴⁹ STS 13 de octubre de 2013. conceptos que han sido diferenciados por el Tribunal Supremo al establecer «tanto la doctrina científica como al jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia –STS 1321/1999–, y por los tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas –STS 1622/2001–, por su parte la alteración de la paz pública es aquella capaz de crear conmoción en la colectividad, impidiendo o degradando la calidad de vida, atemorizando a la sociedad. IGLESIAS GARCÍA, M. J., «Delitos de odio. Análisis jurídico penal en el código penal español. (directores Miguel Bustos Rubio y Alfredo Abadías Selma), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el código penal (2010-2020)*, Bosch Editor, 2020, pág. 826.

Un elemento limitativo del tipo, lo constituye el hecho de que la prohibición penal, lo sea solamente para las conductas que se realicen «públicamente», por lo que quedarán excluidas del ámbito de punibilidad, aquellas expresiones igual de graves que se realicen en el ámbito privado. Será por tanto un requisito de procedibilidad penal que la incitación sea pública y frente a terceros, lo que no impide, en el caso que la difusión se lleve a cabo a través de medios de comunicación o redes sociales, que se aplique el tipo agravado de difusión mediática previsto en el ar. 510.3 del código penal⁵⁰.

Un instrumento de gran utilidad para determinar si las conductas incitadoras cumplen con los requisitos a los que acabamos de hacer referencia, es el denominado Plan de Acción Rabat que nos permitirá medir el grado de peligrosidad de un determinado discurso⁵¹.

2. *Art. 510b)*

En este segundo apartado del precepto, se sancionan una serie de modalidades comisivas no previstas con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015. Se castigan una serie de comportamientos preordenados en relación con la realización de las conductas descritas en el párrafo anterior.

Los verbos que lo configuran «producción», «elaboración», «posesión con la finalidad de distribuir», «facilitación de acceso a terceros», «distribución» y «venta», son comportamientos anteriores, si se quiere facilitadores de los comportamientos previstos en el apartado a), por lo que escapa de toda lógica, desde el punto de vista del reproche penal que

⁵⁰ IGLESIAS GARCÍA, M. J., «Delitos de odio...». cit., pág. 824.

⁵¹ Estos 6 puntos son: «a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad); c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación). d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate, e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo), y f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)».

Este conjunto de parámetros ayudará a determinar cuándo nos encontramos ante un discurso del odio, que suponga la siembra de un terreno de cultivo, que pueda suponer a los receptores del mismo el dar el paso a cometer un determinado acto.

merecen esos comportamientos que la sanción prevista sea la misma⁵². Verbos típicos que además se proyectan sobre un objeto material muy amplio «escritos o cualquier otra clase de material o de soporte», que no hacen si no ahondar aún más en la dificultad de conjugar estas conductas con la libertad de expresión sin incurrir en una proscrita censura previa.

Estamos ante actos preparatorios de actos preparatorios, que escapa de cualquier racionalidad legislativa, por lo que no cabe sino una lectura restrictiva del precepto, siendo solamente merecedoras de sanción penal aquellas conductas que estén consolidadas en las distintas fases de difusión del discurso del odio, debiendo desecharse aquellas participaciones puntuales en la misma⁵³.

3. *Art.501.1c)*

Esta tercera, y última conducta punible del art.510.1 castiga a los que «públicamente» realizan alguna de estas tres conductas «negar», «trivializar» gravemente o «enaltecer», siempre y cuando se refieran a delitos de «genocidio», «lesa humanidad» o «contra las personas y bienes protegidos en casos de conflictos armados», ampliando así el ámbito de aplicación del tipo que con anterioridad a la reforma LO 1/15 solo se aplicaba a los que negaren o justificaren el genocidio. No ha incluido el legislador español la sugerencia comunitaria⁵⁴, según la cual solo se sancionarán los comportamientos del tipo en el caso de que los delitos concernidos hubieran sido «establecidos por resolución firme de un tribunal nacional» de un Estado miembro, o «un tribunal internacional», o «mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional»⁵⁵.

Se podría afirmar, que la conducta sancionada en este último apartado del art. 501.1 es la «heredera» del antiguo art. 607.2 declarado parcialmente inconstitucional, como ya se ha visto, en STTC 235/2007 de 7 de noviembre, de la expresión «nieguen» pero no así de las conductas tendentes a la «justificación».

⁵² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio» (Dir. Fernando Miró Llinares) en *cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 162.

⁵³ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de odio», cit., pág. 76.

⁵⁴ Que si contemplaba el proyecto de LO Rodríguez Fernández, S. «Hacia una interpretación», cit., pág. 166.

⁵⁵ Como si ha hecho Francia. Vid. Supra.

El TC en el FJ9 de esta sentencia estableció «resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela de respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 Constitución Española), interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución». Declarada la inconstitucionalidad parcial del precepto, el propio tribunal en el FJ7 de la sentencia disponía que «el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio»⁵⁶.

Por este motivo, en el apartado final del artículo objeto de análisis, se establece, para así salvar su inconstitucionalidad, que solo será punible «cuando de éste modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos», recogiendo así el elemento tendencial último que debe de ser perseguido por los autores de este delito.

Es por ello, que sorprende, o no se entiende, que, dentro de los verbos típicos de esta figura, no se encuentre la «justificación pública» y en cambio se hayan añadido al tipo una maraña de verbos todos con significados próximos entre sí, pero que lo único que logran.

IV. CONCLUSIONES

La libertad de expresión consagrada en el art. 20 de la CE es uno de los derechos fundamentales que desde la promulgación de la Carta Magna ha experimentado una mayor evolución tanto de su ser como de su contenido. Superada una primera concepción individualista de esta libertad, entendida como el derecho a exponer el propio pensamiento, complemento

⁵⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., «Hacia una interpretación», cit., pág. 164-165.

lógico por tanto de la libertad ideológica, que sería el contenido propio en un Estado de Derecho, a incorporar una dimensión colectiva, al ser el instrumento clave para contribuir a la formación de la opinión pública, que, como reconocen tanto la doctrina como la jurisprudencia, está directamente unido al carácter democrático del Estado⁵⁷.

En este sentido, el TC defiende que la libertad de expresión garantiza incluso los discursos antidemocráticos, ya que nuestro sistema constitucional no se configura como una democracia militante, «la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática»».

Esta concepción de la libertad de expresión es la que necesariamente debe guiar la interpretación de estos tipos penales, por coherencia y por llevar a cabo una interpretación conforme con la Constitución. Además, desde un punto de vista personal (herencia del homenajeado), por asumir político criminalmente la posición que en su día propugnó Norberto Bobbio en su artículo, «las razones de la tolerancia», de «mejor una libertad en peligro, pero expansiva, que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse».

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAU, Rafael, «Víctimas y disidentes. El «Discurso del odio» en EE.UU. y Europa», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 103 enero-abril 2015, pp. 45-86.
- ALCÁCER GUIRAU, Rafael, «Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm., 2012, pp. 1-32.
- ALCÁCER GUIRAU, Rafael, «Opiniones Constitucionales», *InDret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, enero de 2018, pp. 1-30.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, «Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor. Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentarios a la STC 235/2007)», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril de 2009, pp. 299-352.
- BOIX PALOP, Andrés, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, núm., 2016, pp. 55-112.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «Delitos de odio, Discurso de odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», *Revista Penal*, núm. 46, julio 2020, pp. 41-66.

⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*. Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 64.

- GÓMEZ MARTÍNEZ, Víctor, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista» (Dir. Fernando Miró Llinares) en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 177-204.
- IGLESIAS GARCÍA, María José, «Delito de odio. Análisis jurídico penal en el código penal español» (Directores Miguel Bustos Rubio y Alfredo Abadías Selma) en *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el código penal (2010-2020)*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 807-830.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, «Los delitos de odio» Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, «El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP» (directores J.M Landa Gorostiza y E. Garro Carrera) *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 221-258.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y criminológicos*, 1996, pp. 219-288.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «Derecho penal en 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión» (Fernando Miró Millares), en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 21-65.
- PORTILLO CONTRERAS, Guillermo, «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas» (Fernando Miró Llinares), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 87-105.
- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel, «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», *Revista de derecho penal y criminología*, julio 2014, pp. 167-231.
- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio» (Dir. Fernando Miró Llinares) en *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 155-176.
- TERUEL LOZANO, Germán M, «Cuando las palabras Generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, pp. 13-45 <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01>. Última entrada el 7 de julio de 2021.
- TERUEL LOZANO, Germán M, «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo» http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm. Última entrada el 30 de agosto de 2021.
- TERUEL LOZANO, Germán M, «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal», *InDret, revista para el análisis del derecho*, octubre de 2015, pp. 1-51.
- TERUEL LOZANO, Germán M, «Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 86, pp. 185-190.

Consumación del delito de hurto cometido por pluralidad de sujetos (sobre la sts 316/21, de 15 de abril de 2021)

Isidoro Blanco Cordero*
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Alicante



I. INTRODUCCIÓN

HA SIDO HABITUAL EXPLICAR en la lección relativa a los delitos contra la propiedad, especialmente los delitos de hurto y robo, que cuando intervienen varios sujetos activos, la jurisprudencia afirma que, si alguno de ellos logra la perfeccionar la sustracción, esta *consumación es imputable a todos los intervinientes* que no hayan desistido del delito. Precisamente esta cuestión es objeto de un nuevo enfoque en la reciente sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 316/21, de 15 de abril de 2021, que resuelve un interesante caso relativo a la consumación del delito de hurto cuando intervienen varias personas y solo algunas de ellas obtienen la disponibilidad de una parte del botín.

De acuerdo con los hechos probados, Margarita y Mario, mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y con intención

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación titulado «Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia» (AEQUALITAS) Ref.: RTI2018-096398-B-I00 concedido en la convocatoria 2018 de Proyectos de I+D+i «Retos investigación» del programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

de enriquecerse de manera ilícita, sobre las 19:15 horas del día 10 de noviembre de 2017, entraron en compañía de una tercera persona no identificada, con idéntico ánimo, en el establecimiento H del centro comercial P. N. de San Sebastián de los Reyes, y, tras quitar los dispositivos de alarma de cuatro prendas que estaban a la venta, las cuales tenían un precio total de 676 euros, abandonaron el establecimiento sin abonar las mismas. Margarita y Mario fueron retenidos por una empleada del comercio portando tres prendas de las que ilícitamente habían tratado de apropiarse, pero la tercera persona no identificada con la que los acusados habían llevado a cabo su acción ilícita consiguió huir con una prenda valorada en 149 euros.

El Juzgado de instancia condenó a Margarita y Mario como responsables en concepto de autores de un delito de hurto del artículo 234.1 y 3 del Código Penal (en adelante CP), a la pena de trece meses de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y les impuso la correspondiente responsabilidad civil. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las defensas, que fue desestimado mediante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid¹, de 23 de septiembre de 2019. La defensa de los acusados interpuso recurso de casación por infracción de ley. Se convocó Pleno Jurisdiccional de la *Sala Segunda del Tribunal Supremo* (en adelante TS) para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 14 de abril de 2021. En su sentencia el TS desestima el recurso de Margarita y estima el recurso interpuesto por la representación procesal de Mario, casando y anulando la Sentencia de la Audiencia y dictando otra.

El objetivo de la presente contribución, que presentamos para homenajear la trayectoria docente e investigadora del *profesor Ignacio Berdugo*, es analizar la mencionada sentencia, así como explicar las consecuencias de aplicar su lógica a supuestos similares. Para ello realizamos un repaso de la teoría sobre la consumación del delito de hurto (y de robo), a continuación, estudiamos lo que acertadamente decide la sentencia sobre el caso y finalizamos explicando las consecuencias que tiene esta decisión en asuntos del mismo perfil.

II. SOBRE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO DE HURTO

Es un lugar común señalar que el hurto (art. 234 CP) es un delito de *resultado*, pues el verbo típico «tomar» comprende tanto la acción como el

¹ Sec. 15, apelac. 1183/19.

resultado². Objetivamente consiste dicho comportamiento en el desplazamiento del bien mueble ajeno desde el ámbito de disponibilidad del sujeto pasivo al del sujeto activo. El resultado del delito se produce, según esto, cuando el sujeto activo incorpora el bien mueble ajeno a la propia esfera de dominio. Esto es lo que determina la consumación del delito, que tiene lugar cuando la cosa es colocada bajo el ámbito de disponibilidad material del autor. Esta afirmación, sin embargo, no permite determinar con precisión el momento en el que se consuma el delito de hurto.

Es habitual aludir a las cuatro *interpretaciones tradicionales* acerca del momento de la consumación del delito de hurto, que han sido reiteradas en numerosas resoluciones judiciales y en los textos doctrinales sobre la materia. La teoría de la *Contrectatio* aprecia la consumación del hurto en el momento en el que el sujeto toma contacto físico con la cosa, la toca. La teoría de la *Amotio* afirma que además de tocar la cosa (tentativa), esta se ha de desplazar en el espacio. Es precisa la remoción o salida de la cosa del lugar donde se encuentra, bastando con el inicio del desplazamiento. Por lo tanto, el sujeto ha de echar mano de la cosa que desea sustraer y moverla con dicha finalidad del lugar en el que la ha colocado el titular. La teoría de la *Ablatio* sostiene que el hurto se perfecciona con la salida de la cosa de la esfera de actuación del legítimo tenedor, esto es, cuando se produce el quebranto del estado posesorio, se saca la cosa del ámbito de actuación de legítimo poseedor. Ello ocurrirá normalmente, si la cosa está en un lugar cerrado, cuando se abandone dicho lugar. Por último, la teoría de la *Illatio* (o *Illactio* para algunos) exige que el sujeto activo incorpore definitivamente la cosa a su patrimonio, que proceda a la efectiva disposición de la cosa, lo que supondría la obtención del lucro pretendido.

Doctrinal y jurisprudencialmente se sigue la *teoría de la disponibilidad*, intermedia entre la de la *contrectatio* (toma de contacto con la cosa) y la de la *illatio* (dominio efectivo sobre la cosa e incorporación definitiva al patrimonio del autor)³. Según ella, el delito se consuma cuando el autor tenga la posibilidad de disponer de la cosa como dueño, cuando sea posible el ejercicio de facultades de carácter dominical. No es suficiente con tocar la cosa, ni desplazarla ni, menos aún, con la disponibilidad efectiva o la incorporación definitiva al patrimonio del sujeto activo. Basta con la disponibilidad de la cosa sustraída, aunque sea mínima, entendiéndose por ella la posibilidad, aun potencial, que tiene el sujeto activo de disponer del objeto material del delito (destruirlo, consumirlo, deteriorarlo, donarlo), en definitiva, cuando puede comportarse como dueño del obje-

² GARCIA ARÁN, M., *El delito de hurto*, tirant lo blanch, Valencia, 1998, pg. 143.

³ *Ibidem*.

to siendo bastante una posibilidad momentánea o de breve duración. No es necesario que el autor disponga efectivamente de la cosa (la venda, la guarde, la utilice...), sino que el delito se perfecciona con la disponibilidad potencial de la misma⁴.

Siendo un delito de resultado, el delito de hurto admite la *tentativa*. Así, se entiende en general que hay tentativa cuando no se logra coger o asir la cosa a pesar de realizar actos de apoderamiento y cuando hay un apoderamiento sin disponibilidad. En el primer caso, esto es, cuando el sujeto realiza la acción típica de tomar con ánimo de lucro, pero no llega a tener contacto con la cosa por causas ajenas a su voluntad, se califica como tentativa inacabada. La tentativa será acabada cuando se produce la aprehensión del bien que es trasladado al ámbito de dominio del infractor, pero sin obtener su disponibilidad, ni siquiera potencial⁵. Es cierto, con todo, que esta distinción no siempre será relevante a efectos de la determinación de la pena a imponer, pues el art. 62 CP exige para ello tener en cuenta no sólo el grado de ejecución alcanzada, sino también «el peligro inherente al intento».

El ts ha reiterado que si tiene lugar la inmediata *persecución* del autor tras el apoderamiento no hay posibilidad de disposición ni consumación si es detenido en el curso de la misma. En caso de que la persecución no sea inmediata o se interrumpa el delito se habrá consumado, porque durante ese período de tiempo en el que no tiene lugar, por pequeño que sea, el sujeto activo habrá tenido la disponibilidad del bien. Habrá tentativa

⁴ Alguna sentencia, aludiendo a las teorías mencionadas, señala de manera no muy acertada que el ts ha adoptado la teoría de la *Illatio*. Así, la Sentencia de 28 noviembre 1986 (RJ 1986\7049) señala:

«desechando las teorías de la «aprehensio» o «contrectatio», de la «ablatio» y de la «admotio de locum ad loco», entre otras, ha adoptado, durante las últimas décadas, la de la «illatio», por ser la más favorable al reo y por amoldarse mejor que las demás a los efectos civiles de las sustracciones, siendo preciso, según dicha teoría, para que, el delito, se entienda consumado, si no la efectiva disposición –lo que entrañaría el agotamiento, que es fase o etapa distinta– de los bienes muebles de los que se han apoderado los culpables, si, al menos, la disponibilidad de los mismos, siquiera fuere durante breve espacio de tiempo, no pudiéndose, por tanto, entender que se ha consumado el hecho punible contra la propiedad, cuando, los delinquentes, han sido sorprendidos en el momento del apoderamiento de los bienes muebles apetecidos o inmediatamente después del mismo-flagrancia, ni tampoco cuando, el delincuente o delinquentes, perseguidos inmediatamente después de perpetrar la infracción, fueran finalmente cogidos o detenidos siempre, que, la persecución, dure o no se suspenda mientras, el infractor, no se ponga fuera del alcance de los que le persigan (...)».

⁵ BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre el objeto de tutela en los delitos patrimoniales de apoderamiento (hurto, robo, robo y hurto de uso de vehículos de motor)», *InDret* 2/2016, p. 17.

si la persecución es inmediata y continua tras el apoderamiento siendo detenido el sujeto con la cosa durante la misma, pues no habrá tenido la disponibilidad, siquiera potencial⁶.

Un aspecto nuclear para resolver el caso planteado es la concreción de cuándo se consuma la sustracción en los casos de *pluralidad de sujetos activos*. La jurisprudencia viene señalando de manera constante que si alguno de los coautores perfecciona la sustracción, la consumación se comunica a todos los intervinientes⁷. Por ello, si en la persecución son capturados solo algunos de ellos, escapando los demás con el botín, el robo se entiende consumado para todos⁸. Esta es la dirección que se ha seguido tradicionalmente respecto del delito de robo⁹, pero no existen precedentes jurisprudenciales relativos al delito de hurto. En el supuesto analizado,

⁶ Cfr., por ejemplo, la STS 924/1999, de 9 de marzo de 2001. Es cierto, con todo, que alguna jurisprudencia ha matizado la relevancia de la persecución, y considera que se ha consumado el delito cuando el sujeto pasivo no puede recuperar la cosa sin un cierto esfuerzo para vencer la resistencia de quien ha aprehendido la cosa. Así la STS 611/1989 de 2 de noviembre de 1992, que se remite a la STS 2101/1987 de 11 de julio de 1989. Esto apunta a que la persecución supone ya un esfuerzo para recuperar la disponibilidad y vencer la resistencia del autor, por lo que podría entenderse ya consumado el delito. La doctrina se muestra crítica con esta postura, pues amplía la consumación a costa de la tentativa, y da la vuelta al criterio habitual que determina la perfección del delito, que no es tanto el de que el sujeto pasivo haya perdido la disponibilidad de la cosa cuanto el que efectivamente la tenga el activo. Sobre esta cuestión, GARCIA ARÁN, *El delito de hurto*, cit., pp. 147-147.

⁷ Por ejemplo, cita la sentencia analizada la STS 1419//2002, de 29 de julio (indica expresamente que «si alguno de los coautores logró la consumación de la acción típica y antijurídica alcanzada por la decisión común al hecho, esta consumación es imputable a todos los partícipes que no hayan desistido del delito»; STS 490/2007, de 7 de junio.

⁸ Por ejemplo, la STS de 29 enero 1991. RJ 1991\448 dice expresamente. «hallándose ante un concierto para la comisión de la infracción criminal, con común intervención de los distintos sujetos, cooperando ambos al mismo fin en ese eventual consorcio, con proyectada participación plural en sus efectos y beneficios, el acto consumativo de cualquiera de los intervinientes tiene virtud comunicativa y trascendente respecto de los restantes, cual corresponde a la dinámica y esencia de la coautoría, conllevando en apuntados casos la plena realización del plan criminal trazado, pese a que alguno de los partícipes vea fallidos sus propósitos de apropiación y disponibilidad de determinados efectos». Cita esta sentencia otros precedentes del Alto Tribunal: las sentencias de 20 de febrero y 15 de diciembre de 1982 (RJ 1982\802 y RJ 1982\7707), 30 de abril y 13 de junio de 1985 (RJ 1985\2431 y RJ 1985\3007), 17 de marzo y 3 de julio de 1987 (RJ 1987\2174 y RJ 1987\5163), 21 de junio y 21 de septiembre de 1988 (RJ 1988\5156 y RJ 1988\6974), y 6 de febrero de 1989 (RJ 1989\2321).

⁹ La sentencia analizada realiza una búsqueda para trata de localizar sentencias del Alto Tribunal que siguieran este criterio respecto del delito de hurto, y no encuentra ninguna. La búsqueda se amplía a las sentencias de las Audiencias Provinciales, donde el TS observa pronunciamientos contradictorios.

puesto que uno de los tres sujetos intervinientes consigue huir con una parte de lo sustraído, habrá que entender que el hurto se consuma para todos si se sigue la doctrina tradicional del TS (reiteramos, elaborada para los delitos de robo). Lo que no está tan claro es si el hurto consumado es el menos grave o el leve (porque lo efectivamente sustraído tiene un valor inferior a 400 euros). El caso exige adoptar una decisión acerca de si se perfecciona el hurto en su modalidad menos grave del art. 234.1 CP cuando se alcanza la disponibilidad de una cosa por valor inferior a los 400 euros, si dicho valor se supera teniendo en cuenta la totalidad de los efectos que los sujetos pretendían sustraer (sin conseguirlo). Esto, evidentemente, no es problemático en general cuando se trata de robos, en los que la cuantía del bien sustraído (al menos en las modalidades básicas) carece de relevancia.

III. POSIBLES SOLUCIONES

El debate sobre la calificación jurídica de los hechos se debe a la existencia de diferentes *soluciones posibles*. La propia sentencia las explica y las va acertadamente descartando para argumentar su decisión (que analizamos en el siguiente epígrafe).

- Una de ellas es la que se ha mantenido tradicionalmente por la jurisprudencia especialmente para el robo, según la cual el hurto ha de entenderse consumado por *el valor total de las cosas* muebles ajenas tomadas, tanto de aquellas de las que existió posibilidad de disponer como de las que no. Esto, evidentemente, supone la imposición de la pena más grave. El TS rechaza esta solución en la medida en que «opera sobre una ficción», consistente en que se aprecia la disponibilidad de unos bienes que no se ha alcanzado. Asimismo, entiende que esta calificación supone un «exceso difícilmente compatible con el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad proyectados sobre el desvalor de la acción y el resultado».
- Otra posible solución es afirmar que solo se ha cometido un delito por el importe de los bienes cuya disponibilidad se obtuvo, esto es, la prenda con la que huyó la tercera persona no identificada con la que los acusados habían llevado a cabo su acción ilícita valorada en 149 euros. En este caso la calificación será de un *delito leve* del artículo 234.2 CP. El TS la descarta por insatisfactoria, en la medida en que toma en consideración solo el valor del bien que se llegó a disponer, lo que sería desproporcionado, en este caso por defecto.

Esta solución no tendría en cuenta que hubo un intento de apoderamiento de otras prendas cuyo valor excedía del límite de los 400 euros (en concreto, 527 euros) ni la existencia de un proyecto criminal que perseguía sustraer bienes por importe superior a esa cuantía.

- Una solución que se presenta como razonable, pero que rechaza el TS, es apreciar un *concurso ideal de delitos* entre el tipo previsto en el artículo 234.1 CP en grado de tentativa, y el delito leve consumado del artículo 234.2 CP. Esta calificación permite abarcar por completo el desvalor de la conducta, pero como veremos a continuación, es descartada por el Alto Tribunal.

IV. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: CONCURSO DE NORMAS ENTRE TENTATIVA DE DELITO MENOS GRAVE Y DELITO LEVE CONSUMADO

Como hemos indicado, el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial calificaron los hechos como delito consumado de hurto del art. 234.1 y 3 CP, con base en la tradicional jurisprudencia del TS según la cual, tanto en los supuestos de autoría individual como plural, el delito de apoderamiento alcanza la consumación, aunque no se logre la disponibilidad de la totalidad sino solo una parte de los efectos sustraídos. El *recurso* de Mario se basa en la infracción de ley por indebida aplicación del art. 234.1 CP, pues no cabe estimar consumado un delito de hurto de más de 400 euros al existir un intento de sustraer cuatro prendas por valor total de 676 euros, habiéndose logrado solo la disponibilidad de una de ellas valorada en 149 euros. A su juicio, los hechos han de ser considerados como un delito leve de hurto consumado del artículo 234.2 CP. Alternativamente plantea la opción de calificar los hechos como un delito menos grave de hurto del artículo 234.1 CP en grado de tentativa¹⁰.

El Alto Tribunal reivindica que sigue vigente su doctrina tradicional según la cual la *consumación* del delito se produce, aunque no se consiga la disponibilidad de la totalidad de los bienes. Pero procede a una modulación respecto del delito de hurto, también aplicable a los de estafa y apropiación indebida, según la cual no puede considerarse consumado el

¹⁰ Asimismo, alega, con apoyo del Fiscal, que el hecho de que la consumación del delito de apoderamiento por parte de un de los coautores se extienda a los demás es de aplicación al delito de robo, en el que lo relevante es el empleo de fuerza en las cosas o la violencia o intimidación en las personas, siendo indiferente el valor de lo aprehendido. Por el contrario, en el delito de hurto el elemento relevante para la calificación jurídica precisa es el valor del bien sustraído.

delito de hurto del tipo básico del art. 234.1 CP (y del agravado del n.º 3) cuando el valor de los bienes cuya disponibilidad se ha obtenido no excede de 400 euros.

Rechazando las soluciones expuestas en el apartado anterior, el Tribunal Supremo aprecia una *relación concursal* entre el tipo previsto en el art. 234.1 CP en grado de tentativa, y el delito leve tipificado en el art. 234.2 CP, en este caso consumada. Se detiene especialmente en la concreción de cómo debe ser dicha relación, si de concurso de delitos o de normas. No estamos ante un concurso ideal de delitos, sino en realidad de un concurso de normas, pues se trata, dice el TS, de «tipos de idéntica factura y significado jurídico» y de «un comportamiento también unitario en la vertiente natural y en la jurídica, de manera que el más grave los delitos concernidos absorbe de manera suficiente el desvalor». Acude a la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual existe concurso de normas o de leyes cuando un hecho puede ser subsumido en varias disposiciones penales, aparentemente todas ellas aplicables, pero en realidad una de ellas comprende por completo, o de manera suficiente, el contenido del desvalor de dicho hecho, desplazando a las demás. Coincido con la solución del TS en este punto, si bien no es sencillo descartar la solución del concurso ideal. Penológicamente el concurso ideal permitiría aplicar la pena de la infracción más grave en su mitad superior, de manera que, si esta excediera la que suponga la suma de penar separadamente las infracciones, se castigarían por separado. Claro está, esta solución sería desfavorable para los acusados y, desde el punto de vista de su intervención en los hechos, podría generar dudas en cuanto a su proporcionalidad. Conectado con esto, el criterio del *ne bis in idem* puede servir para rechazar el concurso ideal con argumentos que permitan afirmar que esta solución supone un doble castigo de los mismos hechos (lo cual no parece complicado si tenemos en cuenta la identidad del bien jurídico, de los objetos que se pretenden sustraer, de los sujetos que intervienen, de las conductas realizadas, que estas se encuentran en la misma línea de progresión del menoscabo de idéntico bien jurídico, etc.).

Concluye el TS que la solución debe proceder de los criterios del concurso de normas del art. 8 CP, en concreto, del *criterio de la alternatividad* del n.º 4 del mencionado precepto. Este criterio, advierte el Alto Tribunal, es el «que se acomoda en mayor medida al desvalor de la acción y la culpabilidad de los acusados». El precepto aplicable, por lo tanto, es el que prevea la pena más grave, en este caso, el delito intentado del artículo 234.1 y 3 CP, que tiene prevista una pena privativa de libertad, frente a la de multa aparejada al delito leve del art. 234.2 y 3 CP. En efecto, el delito menos grave de hurto del art. 234.1 y 3 CP tiene prevista una pena tipo de entre 6 a 18 meses de prisión, que habrá de imponerse en su mitad superior por

aplicación del apartado 3, pena de 12 a 18 meses de prisión, que al quedar en grado de tentativa habrá de rebajarse en un grado (6 a 12 meses de prisión) o en dos (3 a 6 meses de prisión). Esta opción, concluye, «no afecta a las responsabilidades civiles derivadas de todo el conjunto», ni impide que se tenga en cuenta que se ha producido una disponibilidad parcial en el momento de la determinación de la pena.

V. CONSECUENCIAS PARA OTROS SUPUESTOS

Apreciar un concurso de normas en estos supuestos tiene consecuencias en otros de corte similar, en los que varía esencialmente la cuantía sustraída o que se pretende sustraer por quienes son detenidos y quienes huyen.

1. En primer lugar, el caso analizado en el que el valor de los bienes que se pretenden sustraer supera los 400 euros (en concreto, 676 euros), siendo así que unos son detenidos con bienes valorados en más de 400 euros (527 euros) y otros consuman efectivamente la sustracción de bienes de valor inferior (de 149 euros). De acuerdo con el Alto Tribunal ha de calificarse como concurso de normas entre el tipo previsto en el art. 234.1 CP en grado de tentativa, y el delito leve consumado del art. 234.2 CP (que se resuelve en favor del art. 234.1 por aplicación del principio de alternatividad del art. 8.4 CP).

2. También son imaginables situaciones en las que varias personas pretenden sustraer bienes por valor superior a los 400 euros, y son detenidas algunas con bienes valorados por encima de los 400 euros mientras que otras huyen con bienes valorados en cuantía superior a los 400 euros. Transitando por la senda marcada por el TS, se apreciará un concurso de normas entre tentativa de delito del art. 234.1 CP y delito consumado del art. 234.1 CP que, en la aplicación del art. 8 CP (pensamos que el n.º 3), determinará la aplicación exclusivamente de este último.

3. Pueden plantearse casos en los que varias personas pretenden sustraer bienes por valor superior a los 400 euros, y el valor de los bienes que algunos no llegan a sustraer es inferior a 400 euros y lo sustraído efectivamente por otros supera dicha cuantía. De nuevo, en coherencia con la solución del TS, los hechos habrán de calificarse de concurso de normas entre tentativa de delito leve tipificado del art. 234.2 CP y delito consumado del art. 234.1 CP, desplazando este último al anterior.

4. Pensemos que varias personas pretenden sustraer bienes por valor superior a los 400 euros, pero son detenidas algunas antes de la consumación del delito con bienes por valor inferior a dicha cuantía y los que huyen lo hacen con bienes también por valor inferior. Es cierto que el hecho comienza siendo una tentativa de delito menos grave del art. 234.1 CP, porque todos los sujetos persiguen sustraer bienes por valor superior a los 400 euros. Sin embargo, consuman una parte del hecho, mientras que la otra queda en grado de tentativa. Siguiendo la lógica del TS, la calificación será la de concurso de normas entre el delito leve tipificado en el art. 234.2 CP en grado de tentativa y el delito leve consumado del art. 234.2 CP. La aplicación del art. 8.3 CP determinará la aplicación exclusivamente de este último.

En aplicación de esta doctrina, no deberían ser problemáticos los supuestos en los que se pretenden sustraer bienes por importe inferior a 400 euros, quedando para unos en grado de tentativa y para otros consumado, pues el concurso de normas entre tentativa de delito leve de hurto y consumación del delito leve de hurto, en ambos casos del art. 234.2 CP, dará lugar a la aplicación exclusivamente del delito consumado por aplicación de las reglas del art. 8.3 CP.

Finalmente, situación similar puede ocurrir tratándose de algún tipo cualificado del delito de hurto que tenga en cuenta el valor de lo sustraído. Por ejemplo, el art. 235.1.5 CP agrava la pena cuando el hurto revista especial gravedad «atendiendo al valor de los efectos sustraídos». Para apreciar la especial gravedad en el delito de hurto se puede tomar como referencia la circunstancia del art. 250.1.5.^a CP, que agrava el delito de estafa cuando el valor de la defraudación supere 50.000 euros¹¹. Puede ocurrir que varios sujetos pretendan sustraer importantes cantidades de dinero (susceptibles de dar lugar al tipo cualificado de hurto), siendo así que algunos huyen con un botín inferior a los 50.000 euros¹². De nuevo será objeto de debate si el hecho de huir con una cuantía inferior consuma la sustracción respecto de todos y cuál es la calificación jurídica. Creo que, siguiendo la nueva tesis del TS, la solución será similar a la indicada en los supuestos anteriores (que por razones de espacio no podemos desarrollar).

¹¹ Así lo indica también la sentencia analizada, remitiéndose a otros precedentes.

¹² Son imaginables situaciones similares a las expuestas en párrafos anteriores.

Tres rasgos de desigualdad en el Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio * **

Miguel Bustos Rubio
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja



I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: DE AMIGOS Y ENEMIGOS EN EL DERECHO PENAL FISCAL Y RECAUDATORIO

CUANDO EN ESTA CONTRIBUCIÓN hablamos de *Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio* queremos referirnos esencialmente a las disposiciones normativas contenidas en el Código Penal (principalmente, pero no solo, delitos) que tienen por objeto la regulación de la respuesta punitiva frente a la criminalidad económica en el ámbito de la Hacienda Pública (sea del nivel que sea), la Seguridad Social y el fraude de subvenciones, sin excluir la existencia, en paralelo, de otro tipo de figuras delictivas a las que también pueden interesar, directa

* Esta contribución se incardina en el proyecto de investigación «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (RTI2018-095155-A-C22) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, dentro del Programa Estatal I+D+i Orientado a los Retos de la Sociedad (dentro del proyecto coordinado: «Aporofobia y Derecho Penal»).

** Quiero aprovechar esta ocasión para manifestar públicamente mi admiración, afecto e inmensa gratitud al profesor Dr. D. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. En primer lugar, porque con su extensa y brillante obra muchos nos embarcamos en el siempre sinuoso mar del Derecho Penal desde la motivación del buen hacer. Y, en segundo lugar, por su calurosa acogida cuando, apenas recién doctorado, tuve el privilegio de incorporarme como profesor asociado al Área de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca durante dos cursos académicos. Ignacio me acogió, me auxilió y me cobijó en las mejores condiciones. Y por ello le estaré siempre agradecido.

o indirectamente, la correcta recaudación de recursos por parte del Estado y otros intereses fiscales (como pudiera ser, verbigracia, el caso del blanqueo de capitales).

En este ámbito de la criminalidad encontramos rasgos palmarios de desigualdad frente a otros sectores normativos del Código Penal que hacen presagiar la existencia de un sistema penal de *doble vía* o de una *divergente* respuesta punitiva ante situaciones que pueden antojarse similares. Existiendo ya múltiples estudios sobre el denominado *Derecho penal del enemigo*, expresión inicialmente acuñada por Jakobs (Berlín, año 1999) y posteriormente seguido por otros, entendido como el sector del Ordenamiento jurídico-penal donde confluyen una serie de normas *sui generis* aplicables a un concreto tipo de sujetos que no debieran considerarse «personas» a ojos del sistema penal, sino «enemigos» del mismo requeridos de un reforzado y más crudo tratamiento (material y procesal), es posible identificar también algo similar a un *Derecho penal del amigo* en el ámbito del Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio, caracterizado, en contraposición al anterior modelo, por ser un sector del Ordenamiento jurídico-penal que otorga un tratamiento más benévolo a los *amigos* del Estado, a quienes se ofrecen multitud de facilidades y comodidades para eludir la respuesta penal, o hacer esta más laxa, estableciéndose mecanismos *ad hoc* que redundan al fin en un mejor tratamiento punitivo de estos sujetos¹.

En las páginas que siguen se traen a colación solo tres ejemplos de este estado de desigualdad que deriva de la dicotomía anterior, fruto de la consideración político-criminal, por parte de nuestros legisladores penales, de la existencia de una diferencia entre los *enemigos* y los *amigos* del Estado, y que se articula esencialmente a través de la actual expansión del Derecho penal económico y, de forma especialmente significativa, por medio de este Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio. Los tres ejemplos que se abordan pasan por manifestar, de forma algo contenida dado lo limitado del espacio disponible, la existencia de (1) una doble velocidad penal en la respuesta frente a delitos que afectan a bienes jurídicos totalmente reparables según estén llamados a la comisión por parte de los *amigos* o de los *enemigos* del modelo, (2) una desigualdad interna, dentro del propio sistema penal fiscal o recaudatorio, en función de quién sea el sujeto activo del delito (nuevamente: amigos VS. enemigos), y (3) una desigualdad externa, derivada de la especial y privilegiada protección de intereses de

¹ BUSTOS RUBIO, M., «Sobre la regularización en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social como ejemplo político-criminal del nuevo “Derecho penal del amigo”», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 500 y ss.

las Haciendas Públicas y/o de la Seguridad Social a lo largo y ancho del Código Penal, más allá del Título XIV.

II. DUPLICIDAD DE RESPUESTA ANTE BIENES JURÍDICOS COMPLETAMENTE REPARABLES

En el Título XIV del Libro II del Código Penal encontramos, más allá de la regulación de los tipos penales que afectan a la Hacienda Pública (delito fiscal, fraude a la Hacienda de la Unión Europea y a sus presupuestos, y delito contable), a la Seguridad Social y al fraude de subvenciones, una particular y muy atractiva figura que ha venido a denominarse *regularización postdelictiva*, y que permite a quien cometió estos delitos regularizar completamente su situación y terminar eludiendo su responsabilidad penal por los mismos (e incluso por otros delitos concomitantes al hecho). Tal institución se encuentra prevista en términos similares para los delitos fiscal (art. 305,4 CP), fraude de cotizaciones a la Seguridad Social (art. 307,3 CP), fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social (art. 307 ter ap.3 CP) y fraude de subvenciones (art. 308,6 CP), con la particularidad de que en estos dos últimos casos se habla de *reintegración*, y no de regularización, al exigirse algunos requisitos adicionales para beneficiarse de un completo levantamiento de pena (devolviendo «una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió» en el primer caso, o bien devolviendo «las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió» en el segundo supuesto). Esencialmente, se exime de pena al sujeto defraudador que, habiendo ya consumado el delito, y antes de que se produzca el descubrimiento del hecho (esto es: antes de que se active alguna de las circunstancias de bloqueo temporal previstas en estos preceptos, de carácter administrativo o judicial) lleva a cabo un comportamiento postdelictivo de carácter reparador, reconociendo y pagando la deuda objeto de fraude, ante la Administración correspondiente². Por si esto nos pareciese todavía poco, existe también una

² Una de las cuestiones más debatidas en los foros doctrinales de los últimos años, intensificada aún más tras la reforma de 2012, concierne a la naturaleza jurídica de esta institución. No siendo objeto directo de este trabajo (aunque sí indirecto, en cualquier caso), expresamos que para nosotros la regularización sigue manteniendo su naturaleza jurídica de excusa absolutoria que opera al nivel de la punibilidad, o en la terminología alemana que consideramos más acertada, una *causa de levantamiento*

cláusula de atenuación facultativa de la pena para el caso en que el sujeto reconoce y paga la deuda antes de que transcurra un determinado lapso temporal desde su citación como imputado (en este caso, pues, la ventaja se ofrece incluso con posterioridad al descubrimiento de los hechos, por lo que toda hipotética *reparación postdelictiva* del daño cometido mediante el fraude deja de ser voluntaria). Encontramos esta posibilidad para el delito fiscal (art. 305,6 CP), fraude de cotizaciones a la Seguridad Social (art. 307,5 CP), fraude de prestaciones a la Seguridad Social (art. 307 ter 6) y fraude de subvenciones (art. 308,8 CP).

Partiendo, pues, de la consideración (que además es mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia³) de la cláusula de regularización como causa de levantamiento de la pena (tradicional excusa absolutoria) puede afirmarse que nos encontramos ante un acto voluntario de reparación postdelictiva del daño, a la que se ha dotado de un alcance especial, y particularmente benévolo, en el caso de los delitos que componen el núcleo esencial de este Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio, pues esencialmente elimina la pena que pudiera corresponder por el fraude cometido, e incluso la de otros hechos delictivos anudados a aquel principal (como, por ejemplo, posibles irregularidades contables o falsedades documentales).

En estos delitos, se dice, se protegen bienes jurídicos de contenido esencialmente económico⁴ que, a diferencia de lo que acontece en otros sectores de la criminalidad, pueden ser reparados en su totalidad, lo cual abre la puerta al establecimiento de instituciones que, como ocurre con la regularización, permiten exonerar completamente de pena haciendo que el Derecho Penal dé un paso atrás en supuestos en los que voluntariamente (aunque sea con una *voluntariedad* normativizada) el sujeto reconoce y paga la deuda

de la pena. Desechamos así todo intento de configurar la misma como un elemento del tipo formulado en sentido negativo, frente a los primeros intentos del legislador del momento y frente al aval de ciertos sectores de nuestra doctrina. A mayor abundamiento, cfr.: BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 75 y ss.

³ Entre otros: FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; EL MISMO: «Una nueva trilogía en Derecho penal tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 372, marzo de 2014; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 4.ª edición, Valencia, 2013.

⁴ Algunos autores identifican el bien jurídico en el *patrimonio* de la Hacienda Pública o la Seguridad Social (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico... cit.*, p. 716) mientras que otros nos inclinamos por una perspectiva funcionalista en la que lo protegido es el correcto funcionamiento de la institución recaudatoria de estas instituciones, para el cumplimiento de los fines que constitucionalmente se les encomienda (BUSTOS RUBIO, *La regularización... cit.*, pp. 31 y ss.).

que inicialmente defraudó. En las ilustrativas palabras de Queralt «no es lo mismo un homicidio que un hurto; el primero no tiene nunca arreglo, el segundo sí: se puede reponer a la víctima lo sustraído». En este sentido, el Derecho penal debería empezar a contemplar figuras que, como la regularización, intenten «dar respuesta práctica a la víctima», prescindiéndose de pena si se consigue anular, aunque sea *ex post*, el daño causado⁵. Se cumple así, al menos *aparentemente*, con los postulados de un Derecho penal mínimo: si el defraudador, antes de que sea descubierto, acude voluntariamente a enmendar el fraude por completo, no hay razón para seguir manteniendo la respuesta penal (sí, en su caso, la extrapenal, fiscal o administrativa).

En paralelo, y comparativamente, encontramos que, no obstante, existen otros sectores de la criminalidad en los que también pueden existir bienes completamente reparables y que, aun no siendo de carácter eminentemente socioeconómico, se ven revestidos de unas características similares que permiten también hacer efectiva una completa reparación del daño causado. Pensemos, por ejemplo, en delitos de carácter patrimonial no violentos ni intimidatorios como pueda ser el caso de un hurto, de una apropiación indebida o de una administración desleal. No existe, para estas tipologías, ninguna circunstancia similar a la regularización que, desde la perspectiva de una completa reparación del daño, permita finalmente exonerar de pena a quien cometió el hecho delictivo, ni siquiera en supuestos limitados, por ejemplo, a una falta de descubrimiento o enjuiciamiento del sujeto. Existe, a lo sumo, la posibilidad de acudir a la atenuante genérica de reparación del daño del art. 21,5.^a CP, pero queda vedada toda posibilidad de levantar o anular por completo la sanción penal.

Tradicionalmente la doctrina ha identificado dos grandes líneas de fundamentación del instituto de la regularización. Pensamos que es perfectamente posible identificar esas dos grandes líneas, aún con las características propias de esta institución, acudiendo al estudio de una teoría de carácter fiscal y a otra de carácter político – criminal (propriadamente penal).

Para la primera de las teorías, la regularización se fundamenta en criterios político-fiscales o recaudatorios, propios del Derecho Fiscal, pero no del Derecho Penal, quedando subordinado el Derecho penal a los intereses recaudatorios del Estado⁶. Este sector considera que la institución objeto de

⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J., «El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», en vv. AA., *Empresa y Derecho Penal (I)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 228-229.

⁶ Así: FERRÉ OLIVÉ, J. C., «El bien jurídico protegido en los delitos tributarios», en *Revista Penal*, n.º 33, 2014, p. 52; e IGLESIAS RÍO, M. A., *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la «autodenuncia»*, art. 305,4 Cp.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 191.

estudio es el resultado de un juicio de ponderación legislativa, en términos de optimización de costes, utilidad y eficacia, por el que se ha entendido que determinados intereses propios de la Administración (eminentemente recaudatorios) han de primar sobre la aplicación de la sanción penal. El objetivo de la regularización sería así, simplemente, alcanzar la recaudación de impuestos de la Hacienda Pública o bien de las cuotas a la Seguridad Social que han sido dejados de percibir con el fraude. Entendemos, no obstante, que esta tesis puede llegar a significar una manipulación ilegítima del Derecho penal y una instrumentalización del mismo, cuya función queda reducida de este modo a la mera consecución de fines que corresponden a otras ramas del Ordenamiento Jurídico, constituyendo la regularización un mero vehículo dirigido a la consecución de objetivos de cobro que concierne, originalmente, a la Administración. Ello pone en entredicho el carácter coactivo de la norma penal, la obligatoriedad de perseguir el injusto, y la protección de la intangibilidad de los bienes jurídicos protegidos, principios inderogables en nuestro Derecho penal.

Por ello, la teoría que explica la regularización mediante una fundamentación prioritariamente *penal* se sitúa, pensamos, en el centro de la exégesis, tomando como punto de partida el estudio de los comportamientos postdelictivos previstos en nuestro Código Penal. De las múltiples tesis explicativas de tales actos de reparación, consideramos que solo dos pueden coadyuvar a establecer el fundamento penal de la regularización en el Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio: por un lado, la *teoría del interés de la víctima*, en la que la razón de la impunidad radica en la existencia de un interés político-criminal del Estado en satisfacer los intereses de la víctima en un concreto delito. Por otro lado, también es apta para fundamentar la regularización la *teoría de los fines de la pena* y la menor necesidad de pena que se pondría de manifiesto mediante la regularización.

El primer pilar que explica la regularización, a nuestro juicio, se identifica con la idea de una *especial reparación*: el sujeto procede a reparar el daño causado, el entorpecimiento de la correcta función recaudatoria de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social, compensando sus efectos y resarciendo el agravio inicialmente producido.

Pero además del interés político –criminal en la reparación, son principalmente razones de falta de necesidad de pena vinculadas a los fines preventivos de aquella las que explican el instituto de la regularización (*strafzwecktheorie*)⁷. En primer lugar, con la regularización espontánea del sujeto se genera un efecto positivo para la colectividad, reafirmandose la vigencia de la norma y el respeto por el Ordenamiento jurídico,

⁷ BUSTOS RUBIO, *La regularización... cit.*, pp. 175 y ss.

salvaguardándose de este modo las finalidades preventivo generales— positivas que pretenden alcanzar la pena mediante el voluntario retorno al círculo de la legalidad por parte del sujeto. En segundo lugar, también se respeta la finalidad preventivo general —negativa, pues mediante la regularización se refuerza la vigencia intimidatoria de la norma cara a otros potenciales defraudadores que observan que quien no regulariza se ve inexorablemente abocado a la sanción penal. Por último, mediante la regularización también se consiguen salvaguardar los fines preventivo— especiales perseguidos por la pena, poniéndose de manifiesto una autorresocialización del sujeto, que demuestra, con la ejecución de este comportamiento antes del surgimiento de las denominadas «causas de bloqueo», una voluntad restauradora del Ordenamiento, un retorno voluntario a la legalidad, y una limitada peligrosidad criminal. Si mediante la regularización, como supuesto de especial reparación, es posible alcanzar los fines que se persiguen con la pena, entonces esta ya no resultará de necesaria imposición, por lo que se posibilita su levantamiento o anulación combinando esta exégesis con el principio de mínima intervención, en virtud del cual se cede el paso al Derecho administrativo sancionador.

Establecido el fundamento de la institución de la regularización cabe preguntarse: ¿no ocurre lo mismo con cualquier acto de reparación total del daño en delitos protectores de bienes jurídicos completamente reparables o restituibles? Evidentemente, sí: se puede (y se debe) proclamar idéntico fundamento, centrado en el cumplimiento de los fines de la pena mediante la ejecución voluntaria de un acto postdelictivo de reparación, sea cual sea el delito, siempre que el bien jurídico (como ocurre en el caso de los delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios) sea completamente reparable. Si la idea nuclear del fundamento apuntado reposa en la innecesariedad de pena al darse cumplimiento a los fines perseguidos por aquella cuando el sujeto voluntariamente procede a una *completa reparación*, no se termina de entender por qué esta posibilidad legal solo se activa expresamente para el caso de delitos que forman parte del Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio apuntado, y no para el resto. ¿Nos encontramos ante un Derecho Penal de doble velocidad, y por tanto discriminatorio, que permite a los defraudadores fiscales (los *amigos*) eludir las consecuencias penales de sus actos delictivos mediante el recurso a institutos como el de la regularización, pero impide al resto de ciudadanos que cometen un delito de carácter patrimonial (los *enemigos*) tal posibilidad cuando reparan el daño? Si el principio de igualdad significa que deben tratarse igual los casos iguales (y desigual los desiguales) entonces, desde este punto de vista, la subinclusión de formas de reparación que tienen como

consecuencia una completa anulación de pena en unos delitos frente a otros resultará forzosamente desigualitaria⁸.

Como ha señalado entre nosotros Gómez Pavón «es cierto que una vez regularizada la situación ante la Seguridad Social puede pensarse que la norma ha cumplido con su finalidad de prevención general, haciendo prevalecer el cumplimiento del ordenamiento, como también que la regularización ha satisfecho las necesidades de prevención especial con respecto al autor y que, por tanto, la pena deviene no necesaria. Pero esto podría predicarse al menos de todos los delitos con un contenido patrimonial como parte de la doctrina sostiene en relación con el delito de defraudación a la Seguridad Social; no se ve la razón por la cual reparar el perjuicio causado en este delito o en el fiscal deba merecer la no imposición de la pena, excluyendo, además, cualquier otra consecuencia, y en el resto de los delitos patrimoniales el mismo comportamiento puede, en su caso, atenuar la responsabilidad penal y la pena, pero no hacerla desaparecer»⁹. También Ferré Olivé ha puesto de manifiesto esta situación en relación con la regularización y el fraude fiscal: «lo que se pone en evidencia es un tratamiento diferenciado del delincuente tributario, que puede solventar sus responsabilidades penales mediante una regularización, del resto de los que cometen los delitos en el Código Penal que una vez consumados, solo pueden aspirar a una atenuación de pena en casos muy limitados»¹⁰.

Dado lo anterior el instituto de la regularización, desde la óptica jurídico – penal, queda absurdamente privilegiado respecto de estos delitos en los que la reparación, de *lege data*, tan solo puede dar lugar a una atenuante por la vía de la circunstancia genérica del art. 21,5.ª CP. Ello genera una situación que, como decimos, pudiera desbordar los límites del principio de igualdad, pues ante idénticas posibilidades solo se permitiría acceder a la impunidad a los defraudadores en los delitos contra la Hacienda Pública, Seguridad Social, y fraude de subvenciones (en los que está prevista la cláusula de regularización) pero no así en otros de contenido patrimonial, lo que supondría un agravio comparativo respecto de estos últimos¹¹.

⁸ Sobre las posibles razones (en realidad matices casi imperceptibles) en las que puede descansar este tratamiento desigual desde la norma, disertamos ampliamente en nuestra Tesis Doctoral publicada en e-Prints UCM: BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social* (2015), pp. 367 y ss.

⁹ GÓMEZ PAVÓN, P., «La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., et. al. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, pp. 580-581.

¹⁰ FERRÉ OLIVÉ, *Una nueva trilogía en Derecho penal tributario... cit.*, p. 52.

¹¹ MORILLAS CUEVA, L., en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), DEL ROSAL BLASCO, B., GONZÁLEZ RUS, J. J., PERIS RIERA, J., et. al., vv.AA.: *Sistema de Derecho Penal*

Coincidiendo con Sánchez Tomás podemos concluir afirmando que «si tan evidente es la necesidad político – criminal de exención cuando se dan estas circunstancias lo lógico es hacerla extensiva a todos los tipos. Lo contrario produce unas disfunciones difíciles de solventar en torno al fundamento de esta exención, que no resulta sino una regulación de emergencia, en este caso privilegiante, dentro del CP»¹².

Expuesto, de forma algo contenida, este primer caso de desigualdad en el ámbito del Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio, a continuación analizamos otro elemento que acredita tal tratamiento desigual.

III. DESIGUALDAD INTERNA: EL SISTEMA DE CUANTÍAS

Se detecta un nuevo elemento de desigualdad en Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio incluso *ad intra*, esto es, examinada la propia regulación dentro del Título XIV del Libro II del Código Penal. O lo que es lo mismo: existe un tratamiento desigual también dentro del propio Derecho Penal recaudatorio, introduciéndose elementos de discriminación injustificada que se apoyan, esencialmente, en el destinatario de la norma penal (o mejor: en quién puede estar llamado a ser *sujeto activo* del delito).

Tras la reforma operada en estos delitos vía LO 7/2012, de 27 de diciembre, el legislador introdujo, junto al tradicional delito de fraude de cotizaciones a la Seguridad Social del art. 307 CP, un nuevo tipo penal conocido como fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social en el art. 307 ter. Mientras que aquél primero se dirige a sancionar las conductas del empleador que, estando obligado a cotizar por los trabajadores a su cargo, defrauda a la Seguridad Social (por ejemplo, apropiándose de dichas cuotas de cotización o no declarándolas a la Tesorería), este último tipo penal lo puede cometer cualquier ciudadano que, mediante los elementos de *engaño* previstos en el delito, pretenda obtener una prestación de la Seguridad Social a la que no tiene derecho. En suma: mientras que el

español, parte especial, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 656, quien entiende que a pesar de que puedan existir «sólidas razones político-criminales» para la aceptación de la cláusula de regularización en el Código Penal, no obstante su presencia puede entenderse como un agravio comparativo respecto a otros delitos como, por ejemplo, los de carácter patrimonial.

¹² SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. en RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Derecho Penal, parte especial III. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I), Delitos contra la Hacienda Pública, derechos de los trabajadores, medio ambiente y patrimonio cultural. Delitos contra la seguridad colectiva*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 120.

delito del art. 307 constituye un delito especial, toda vez que la normativa de la Seguridad Social hace residir en determinados sujetos la responsabilidad del cumplimiento de la obligación de cotización, así como la posibilidad de acceder a ciertas devoluciones o deducciones (esencialmente es un deber del empresario-empleador)¹³, el delito del art. 307 ter es un delito común que puede ser cometido por cualquier sujeto sin especiales cualificaciones o características¹⁴.

Es cuanto menos sugerente comprobar cómo el legislador en el art. 307 ter, rompiendo con la sistemática tradicional en este tipo de delitos, abandonó el sistema de cuantías que el Código Penal sí emplea en otras modalidades, como ocurre con la propia defraudación a la Seguridad Social del art. 307 CP (en que la reforma de 2012 rebajó el límite cuantitativo de los 120.000 a los 50.000 euros, en lo que supuso un nuevo endurecimiento del instrumento punitivo del Estado). No deja de resultar llamativo que no exista limitación alguna en esta nueva modalidad de fraude. Ello permitirá sancionar penalmente tanto a quien obtenga una prestación de la Seguridad Social por valor de cincuenta mil euros, como, por ejemplo, a quien disfrute una prestación por valor de cien euros. En definitiva: llama poderosamente la atención comprobar cómo en el delito de fraude a la Seguridad Social sólo se aplicará la pena al empresario que defrauda por encima de 50.000 euros, mientras que al ciudadano (v. gr.: trabajador, pensionista) se le terminará sancionando por la obtención indebida *de cualquier prestación* de la Seguridad Social, con independencia de la cuantía, lo que apareja una pena de prisión de hasta tres años.

Como acertadamente ha subrayado Terradillos Basoco en este punto la norma del art. 307 ter CP. supone una alternativa político-criminal profundamente discriminatoria: «el sujeto activo del delito de defraudaciones a la Seguridad Social del art. 307 solo lo puede ser el empresario, mientras que en el 307 ter, de ordinario, lo será el trabajador. Ese elemento diferencial, de carácter personal, ha llevado al legislador a criminalizar la obtención o el disfrute indebido de prestaciones de la Seguridad Social, tipificando conductas hasta ahora consideradas infracciones de naturaleza administrativa»¹⁵.

¹³ BRANDÁRIZ GARCÍA, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia, 2000, pp. 514-515.

¹⁴ BUSTOS RUBIO, M., «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal», en *Revista Penal*, n.º 35, 2015, pp. 36-37.

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), DOPICO GÓMEZ – Aller, J. (coord.), *Estudio*

Caigamos en la cuenta de que, además, sin el establecimiento de límite cuantitativo alguno el legislador, mediante la aprobación de la LO. 7/2012, derogó de facto toda la normativa administrativa existente en materia de fraude de prestaciones contra la Seguridad Social. Es cierto, no obstante, que la jurisprudencia tradicionalmente admite ciertos criterios que permiten en la práctica limitar el tipo penal y diferenciarlo del ilícito administrativo, teniendo en cuenta caracteres que, como pueda ser la existencia de un especial ánimo defraudatorio, pueden permitir finalmente la aplicación de la sanción administrativa y desplazar la penal. Ello no obsta, pensamos, para señalar que, de hecho, dada la inexistencia de límite cuantitativo en este delito, en la mayor parte de los casos se superpongan los supuestos prohibidos y, al final, el sujeto acabe respondiendo por un delito y no por un ilícito de carácter administrativo.

Son las mismas razones vinculadas al principio constitucional de igualdad, al que ya aludimos en el primer apartado de este trabajo, las que avalan el establecimiento de un límite cuantitativo en este delito. Dicho principio queda conculcado cuando se criminalizan ciertas conductas de fraude del empresario-empleador contra la Seguridad Social cuando la cuantía supera los 50.000 euros (art. 307 CP) y conductas de fraude de trabajadores o pensionistas contra la Seguridad Social con independencia de cuál sea la cuantía de lo defraudado. En este punto nos encontramos ante un palmario ejemplo, no ya de Derecho penal de autor, sino más bien de Derecho penal de clase¹⁶.

La jurisprudencia recientemente ha tratado de compensar en la práctica dicha desviación. En la STS 355/2020 de 26 de junio de 2020 (ponente: Ferrer García) se interpreta dónde ha de situarse el límite cuantitativo para la aplicación del actual subtipo atenuado en el delito de fraude de prestaciones al sistema de Seguridad Social¹⁷. En definitiva: viene a amarrar, desde una óptica cuantitativa (que siempre aporta una mayor seguridad jurídica) qué debe entenderse por «especial gravedad». En esta sentencia se reconoce que «una peculiaridad del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter CP es que el tipo básico contemplado en el párrafo primero del apartado 1, no exige cuantía mínima para entenderse consumado, en contraste con el resto de delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social que sí requieren que el fraude supere

crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 856.

¹⁶ BUSTOS RUBIO, *La tipificación del fraude en las prestaciones... cit.*, p. 37.

¹⁷ Dice el art. 307 ter 1, párrafo 2.º: «cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no reuistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo».

importes significativos para ser penalmente relevante» (FD 2.º). El TS considera necesario establecer un criterio unitario para dar mayor seguridad jurídica ante las muy diversas interpretaciones que vienen realizando las Audiencias Provinciales: «dado el contenido patrimonial del tipo, si bien esta modalidad atenuada debe conformarse con la valoración de los tres parámetros que el precepto contempla, goza de especial relevancia «el importe de la defraudación», que, como apunta el Fiscal, resulta básico en la fórmula, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación» (FD 2.º). Y, afirmando el carácter patrimonial de este delito (cuestión también ampliamente discutida en el seno de la doctrina) finalmente se establece dicha cuantía en 10.000 euros. Para llegar a esa cantidad, y pese a que inicialmente se reconoce que la estructura típica del art. 307 ter CP «es la propia de un delito de estafa, una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social, dando de esta manera lugar a un acto de desplazamiento patrimonial», la STS (FD 2.º) rechaza primeramente un paralelismo automático con la cuantía de 400 euros fijados para el delito de estafa, en atención a las particularidades de la conducta típica defraudatoria contra la Seguridad Social y su propia ubicación sistemática y capitular. Y también desecha, en segundo término, establecer la cuantía en 4.000 euros, tal como solicitaba el Ministerio Fiscal aludiendo proximidad con la malversación de caudales públicos del art. 433 CP, pues se razona por parte del Tribunal Supremo que no hay paralelismo con tal delito y que, además, en el título de Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no se maneja en ningún caso dicho límite cuantitativo.

La cuantía, pues, por la que finalmente se decanta el TS son los 10.000 euros. Y apoya tal decisión, esencialmente, en el paralelismo con el párrafo segundo del art. 305.3 CP y el art. 308.4 CP., ambos dentro del mismo Título en el que se adscribe el delito: «ciertamente el artículo 307 ter CP se diferencia de sus compañeros de ubicación, en que no contiene condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, que es típica a partir del primer euro. Sin embargo, comparte otros perfiles, como la existencia en algunos casos de un tipo cualificado, que en consonancia con la inexistencia de un límite mínimo que condicione la tipicidad, para el artículo 307 ter está fijado en una suma inferior de la que corresponde a los que sí la tienen (artículo 305 bis o 307 bis). Y con otros, el tener previsto una modalidad atenuada (artículo 305.3 correspondiente a las defraudaciones que afecten a la Hacienda de la Unión Europea y 308.4 dedicado al fraude de subvenciones) configurada como delito menos grave» (FD 2.º). No obstante, como se adelantó, se insiste nuevamente en que para acudir a la aplicación del subtipo será siempre necesario valorar tres pilares a los

que alude el precepto: la cantidad defraudada (ahora 10.000 euros), los medios empleados (por ejemplo, la constitución fraudulenta de sociedades) y las circunstancias personales del autor (por ejemplo, la edad, grado de formación, familia, etc.).

A pesar de este buen hacer de nuestra jurisprudencia, en el sentido de limitar en la práctica la aplicación del tipo penal, lo cierto es que la norma sigue completamente silenciada en este punto, al no establecerse, como se dijo, ningún elemento cuantitativo que ejerza de barrera entre el ilícito penal y el extrapenal. Esto ocurre solo para el caso del art. 307 ter, que está llamado a cometerse por parte de cualquier sujeto, frente a lo que acontece en el resto de delitos que conforman el Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio en los que sí es tradicional el recurso al régimen de cuantías a tal efecto. Y especialmente ocurre para el caso del art. 307 CP que, como se ha apuntado, es un delito especial que solo podrá cometerse en la práctica por quien sea *empleador*. O en otras palabras: cualquier ciudadano o trabajador podrá caer con más facilidad en el terreno del injusto penal, mientras que el empresario quedará sometido a superar ciertos límites o barreras para responder por el delito en cuestión.

IV. DESIGUALDAD EXTERNA: LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL MÁS ALLÁ DEL TÍTULO XIV

Ya por último es posible hallar un tercer ejemplo de discriminación para el caso del Derecho Penal Fiscal o Recaudatorio. Si en el apartado anterior expusimos un caso de desigualdad *ad intra* en el Título XIV del Libro II del CP, queremos en este momento dejar expuesta una desigualdad *ad extra*, que se produce más allá de dicha ubicación sistemática, ejemplificando la especial y significativa protección de la que gozan los intereses fiscales y recaudatorios a lo largo y ancho del Código Penal.

Para ello nos queremos detener en dos ámbitos concretos:

Por un lado, en el ámbito de los delitos de frustración de la ejecución y de insolvencias punibles (divididos, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, en dos Capítulos, VII y VII bis, dentro del Título XIII del Libro II CP), donde encontramos en el art. 257,3, párrafo 2.º, una agravación de la pena para el caso de que en el delito de alzamiento de bienes «la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social». Igualmente, en el art. 259 bis 3.ª se agrava la pena para el caso del delito de bancarrota «cuando al menos la mitad del

importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social». La doctrina mayoritaria ya ha puesto de relieve lo cuestionable de esta hipervaloración del crédito que ostentan las Haciendas Públicas o la Seguridad Social (nada se dice de la europea)¹⁸, a quienes se da un tratamiento privilegiado frente a otros créditos de carácter privado o particular, sin que exista una aparente justificación (al menos dentro de los parámetros del principio de igualdad ya apuntado). Y aunque para otros autores la previsión estaría justificada al aparecer de fondo *intereses generales*¹⁹, coincidimos con Quintero Olivares cuando apunta que «ninguna justificación hay para agravar la pena porque más de la mitad del importe se deba a las Haciendas públicas o a la Seguridad social, que ya han sido privilegiadas en el régimen del alzamiento de bienes. De nuevo flota la absurda idea de que perjudicar a ciudadanos es «menos grave»²⁰.

Y, por otro lado, encontramos el curioso art. 398 CP. en donde, al albur de los delitos de falsedad documental, se establece un tipo privilegiado para el caso de «autoridad o funcionario público que librare certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico» a quien se castigará con la pena de suspensión de seis meses a dos años, pero instituyéndose que «este precepto no será aplicable a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública», con lo que, nuevamente, encontramos una especial y mejor protección de intereses fiscales o recaudatorios más allá del Título XIV que regula los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, desechándose toda posibilidad de aplicar este tipo

¹⁸ BUSTOS RUBIO, M., «Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 50, 2018, p. 228; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Los delitos de insolvencias punibles tras la reforma realizada por la LO. 1/2015», en BACIGALUPO SAGESSE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B., ECHANO BASALDENA, J. I.: *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 1080; SOUTO GARCÍA, E., «La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los “nuevos” delitos de frustración de la ejecución y de insolvencia punible», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 38, 2015, p. 169; FARALDO CABANA, P., «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 23, 2015, p. 67; y MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP.)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 151.

¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Ed. Civitas, Navarra, 2015, p. 289.

²⁰ QUINTERO OLIVARES, G., «Insolvencias punibles», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 751.

atenuado para el caso de los certificados que se libren en relación con la Hacienda Pública o la Seguridad Social.

Ambos ejemplos revelan la existencia de claros intereses recaudatorios que exceden del Título XIV y que vuelven a poner de manifiesto el empleo del Código Penal, por parte del legislador, para fines no-siempre-penales sino más bien eminentemente fiscales. Si se rompe con el punto de equilibrio necesario entonces, es obvio, nos encontraremos ante una rechazable perversión del instrumento penal configurado (al menos en origen) para otros fines.

Trata de personas y tráfico migratorio (y laboral) ilegal

Norberto J. de la Mata Barranco
Catedrático de Derecho penal
Universidad del País Vasco

Sergio Pérez González
Profesor contratado doctor de Derecho penal
Universidad de La Rioja



I. INTRODUCCIÓN

LA TRATA DE SERES HUMANOS es un negocio lucrativo para la criminalidad organizada transnacional¹, una realidad en la que también están implicados, como objetos y/o víctimas, sujetos migrantes que, a su vez, en muchas ocasiones, son sujetos trabajadores. El escenario criminológico es, por tanto, complejo y ya desde hace tiempo se viene escribiendo sobre ello, con importantes aportaciones

¹ El presente trabajo forma parte de la investigación del Grupo Consolidado en Ciencias Criminales del Gobierno Vasco IT 1372-19 y se desarrolla en ejecución del Proyecto MICINN PID2020-116407RB-100DER. Por citar sólo algún referente, véanse ya PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada: Comares, 2004, pp. 2 ss., y, más recientemente, las interesantes contribuciones de las obras colectivas de PÉREZ ALONSO (Director), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 y PÉREZ ALONSO y POMARES CINTAS (Coord.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Recientemente, PÉREZ ALONSO y OLARTE ENCABO (Directores), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

que abordan la temática desde muy diferentes perspectivas². Resulta crucial, para comprender el abordaje legislativo de esta cuestión, atender a las propuestas de armonización, precisamente por ese marcado carácter transnacional, lanzadas desde la Unión Europea³. En las líneas que siguen pretendemos valorar cómo, al cumplir el mandato europeo⁴, pueden generarse internamente posibles desajustes sistemáticos. Para ello expondremos, en primer lugar, la pluralidad típica que se ha ido conformando en el sistema penal español a partir del campo criminógeno compartido sobre trata de personas y tráfico de migrantes y trataremos de otorgar el sentido dogmático que toma esa pluralidad típica en el panorama actual para, por último, valorar los déficits detectados.

II. UNIDAD FENOMENOLÓGICA. PLURALIDAD TÍPICA

Hay, tras los delitos de trata de seres humanos y de tráfico de migrantes, una preocupación político-criminal concreta; hay, digamos, una situación criminógena común caracterizada por la tendencia interesada hacia la movilización de personas, en ocasiones transnacional; una fenomenología social atávica, sublimada en tiempos de globalización. Desde este punto de partida, el Código Penal, animado por la abundante producción normativa internacional, promovería previsiones que, dogmáticamente, como veremos más adelante, tomarían sentidos diversos.

El legislador español no contemplaba ningún tipo penal específico relacionado ni con la trata de personas ni con los derechos de los ciudadanos extranjeros en la redacción original del Código Penal de 1995. Sin embargo, alguna traza del desvalor de esas situaciones se observaba ya recogida, tempranamente, en otros tipos en tanto que proyectaban al migrante en su condición de trabajador. Posteriormente, el delito de tráfico de migrantes abordaría la cuestión prescindiendo de la componente laboral, pero aún en una clave economicista o de interés estatal. Más recientemente, la

² Véase, últimamente, el completo trabajo de LLORIA GARCÍA, «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *EPyC*, 2019, p. 356. También, GUIASOLA LERMA, «Formas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», *EPyC*, 2019, p. 185.

³ Fundamental es el trabajo de MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 1 ss.

⁴ Con carácter general, DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO (Coord.), *Adaptación del Derecho penal español a la Política criminal europea*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 1 ss.

creación del artículo 177 bis CP recogería expresamente el delito de trata de seres humanos, al margen ya de la tutela de bienes jurídicos colectivos. Podemos distinguir, en definitiva, tres bloques delictivos que abordan esa misma unidad fenomenológica de movilización de personas, a veces, trabajadoras.

1. *Delitos laborales relacionados con la migración*

Los delitos laborales tienen un recorrido anterior a la preocupación político-criminal por el fenómeno de las migraciones. Sin embargo, en un determinado momento acogerían en su lógica tuitiva la variable migratoria, atendiendo de este modo a la problemática del tráfico de migrantes trabajadores. Su vinculación con las conductas que recoge la trata de seres humanos viene dada por la posibilidad de que la merma de derechos laborales aparezca vinculada a la finalidad de «imposición de trabajo forzado» característica de muchos supuestos de trata.

De este modo, el artículo 312.2 permitía sancionar ya desde 1995 a «*quienes recluten personas o las determinen a abandonar su trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*». Así, se penalizaba la merma de derechos laborales, de modo que, si la contratación, aun irregular, respetaba éstos, la infracción no se producía⁵.

El artículo 313, que puede considerarse precursor del actual artículo 177 bis, daba entrada a un tipo penal en el que ya se percibe la influencia de la legislación comunitaria dirigida a erradicar las formas de utilización de trabajadores irregulares lesivas para los derechos sociales y que, indirectamente, fueran susceptibles de causar distorsiones en la libre competencia del mercado comunitario⁶. En su número 2 se castigaba al que «*[...] simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinar o favorecer la emigración de alguna persona a otro país*».

Cabe también mencionar el artículo 311 CP, sobre todo tras la reforma operada por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad

⁵ Detenidamente, MIRÓ LLINARES, «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España», *RECPC*, 18-08, 2016, pp. 10 ss.

⁶ Así, FERNÁNDEZ OGALLAR, *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Madarid: Dykinson, 2014, p. 271.

Social. En su apartado 2.º pfo. 1 hace referencia a la conducta de contratación de trabajadores «sin comunicar su alta en el régimen de la seguridad social» y alude también a la acción de dar ocupación «sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo»⁷, conductas ambas que antes únicamente encontraban sanción en vía administrativa⁸, por lo que el precepto parece apuntar a garantizar la competencia y el incentivo empresarial mediante la lucha contra el empleo sumergido⁹.

2. Tráfico de migrantes

Se desprendería ya de toda componente laboral la introducción, mediante la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, del nuevo Título XV bis que, aun surgiendo a rebufo de los delitos laborales, apunta hacia el elemento central del tráfico de personas extranjeras¹⁰. Además de modificarse la redacción del artículo 312.1 en lo que a la concreción de la pena se refiere, se introduce un nuevo Título XV bis con un único artículo 318 bis que, en su redacción original, sancionaba al que «*directa o indirectamente,*

⁷ Llama la atención que la aplicación de este apartado 2 no exija ninguno de los elementos que dotan de lesividad individual a las conductas del contratador: el «engaño», el «abuso de situación de necesidad» o «la imposición de condiciones laborales lesivas». Véase HORTAL IBARRA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Corcoy y Mir (Directores), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1088 ss. Como señala MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros», *XXIX Jornadas de estudio. Derecho, inmigración e integración*, Madrid: Ministerio de Justicia, 2007, p. 220, se prevén en estos delitos penas que no se corresponden con las distintas situaciones de desprotección que cada conducta (la del art. 311, por una parte, las del art. 312 por otra) conlleva.

⁸ Así HORTAL IBARRA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., pp. 1088 ss. Respecto de la necesidad de intervención mínima del Derecho Penal Laboral, véase RUBIO SANCHEZ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *RAS*, 1, 1999, pp.1 ss. También, FIGUERA ALBET y TOMÁS SALÀS I DARROCHA, «Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 y 2 CP)», *RTL*, 31-19, 2009, pp.9 ss.

⁹ Detenidamente, TRAPERÓ BARREALES, «La transformación del derecho penal laboral: De protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias», *CPC*, 114, 2014, pp. 5 ss. Véase también POMARES CINTAS, «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma del 2015», *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero (Director), Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 663 ss.

¹⁰ Detenidamente, NAVARRO CARDOSO, «Expulsión penal de extranjeros», *RDPC*, 17, 2006, pp. 153 ss. Interesante también, LANCHA MUÑOZ, «La directiva de retorno», *RDME*, 35, 2014, pp. 211 ss.

promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España», con previsión de distintos tipos agravados¹¹.

La Ley Orgánica 11/2003 modificaría el texto de este artículo 318 bis, introduciendo en su nuevo número 2 una referencia explícita al tráfico con propósito de explotación sexual. El apartado IV de su Exposición de Motivos hace ya referencia aquí a la trata de seres humanos al señalar que «[...] *La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo [...] ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad [...] se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina [...]*». Debe tenerse en cuenta que ya se habían aprobado tanto la Decisión marco 2002/946/JAI y la Directiva 2002/90/CE como la Decisión marco 2002/629/JAI. Pero seguía sin existir un delito de trata.

La Ley Orgánica 13/2007 modificó de nuevo el precepto, añadiendo al apartado 1 un segundo inciso para acoger, además del tráfico «*desde, en o con destino a España*», la referencia a la Unión. Sin alusión, no obstante, a normativa europea alguna.

Hasta ese momento, el delito previsto en el art. 318 bis no convivía con ninguna especificación típica relativa a la trata. Sin embargo, la modificación introducida en 2015 ya se hace con el art. 177 bis en vigor, que, como veremos, prevé expresamente la trata de seres humanos. Así, el artículo 318 bis 1 sanciona en la actualidad, tras la Reforma de 2015, a «*El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros*», acogiendo con ello las conductas descritas en el artículo 1 de la Directiva 2002/90/CE, letra a). El artículo 318 bis 2 sanciona a «*El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros*», reproduciendo la conducta del artículo 1 letra b) de la Directiva. La redacción también aquí coincide ahora exactamente con la de ésta, lo que no ocurría antes de la Reforma¹².

¹¹ Véase ARROYO ZAPATERO, «Tráfico ilegal de mano de obra», *Eurodelitos*, Tiedemann (Director) y Nieto (Coordinador), Cuenca: UCLM, 2001, pp. 73 ss.

¹² Ampliamente, MUÑOZ MESA, «La reforma del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo», *RAD*, 8, 2015, pp. 37 ss.

La acción prevista en el art. 318 bis no exige, tras la Reforma, ni violencia, ni intimidación, ni engaño ni abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima, lo que implica que puede ser «libremente» aceptada por el sujeto al que se favorece en la migración¹³. La supresión de toda alusión a cualquier vicio del consentimiento parece deberse a la nueva redacción del art. 177 bis, en los que sí ha de concurrir «engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad»¹⁴.

3. Trata de seres humanos

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, aborda una nueva reforma de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Se distinguen, desde entonces, dos fenómenos delictivos de distinta naturaleza: la inmigración irregular (su favorecimiento), por una parte, y la trata de seres humanos, por otra¹⁵. Esta modificación se encuentra motivada no sólo por razones de técnica legislativa, sino debido a que en la legislación internacional y comunitaria se otorgan tratamientos diferenciados a ambos grupos de delitos, como así se manifiesta expresamente en el apartado XII del Preámbulo de la Ley¹⁶. Esto es así aun cuando en el mismo no se haga referencia concreta alguna a la normativa ya aprobada en la Unión Europea (incluida la, entonces ya, también vigente Directiva 2009/52/CE).

De este modo, se derogan los artículos 313.1 y 318 bis 2, se modifican los nuevos apartados 2 y 4 de este artículo (en el primer caso para, sorprendentemente, agravar las penas y en el segundo para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas)¹⁷ y se introduce en nuestra legislación penal, y esto es lo realmente importante en esta materia, el nuevo

¹³ Así, MARAVER GÓMEZ, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Memento Práctico Penal*, Molina (Coordinador), Madrid: Francis Lefebvre, 2019, p. 1529.

¹⁴ Detenidamente, POMARES CINTAS, «Reforma del Código Penal Español en torno a delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *REJ UNESP*, 29-19, 2015, p. 13.

¹⁵ Detenidamente, LAFONT NICUESA, «La adaptación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de trata», *European Inkinlings*, 2, 2013, pp. 218 ss. Ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», *RP*, 14, 2014, pp. 182 ss.

¹⁶ Con mayor profundidad, VILLACAMPA ESTIARTE, «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», cit., p. 183.

¹⁷ Véase VALLDECABRES ORTIZ, «El inmigrante como víctima: crimen organizado, tráfico de personas, delitos contra los derechos de los trabajadores», *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Álvarez (Director), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 539 ss.

artículo 177 bis en el también nuevo Título VII bis¹⁸. El artículo será una traslación prácticamente exacta de lo dispuesto incluso en la Directiva de 2011, ya que la Propuesta se presenta por la Comisión en marzo de 2010.

La Reforma de 2015 expresamente alude a la necesidad de acomodación de la legislación nacional a las Directivas europeas (Apartados XXV y XXVIII del Preámbulo) y se centra en mejorar la redacción del artículo 177 bis, reducir acertadamente la intensidad punitiva del artículo 318 bis y definir con claridad las conductas a sancionar: abordar la contratación irregular de extranjeros e incorporar la figura del matrimonio forzado¹⁹. Este artículo 177 bis 1 describía las conductas de la Directiva de «captación, transporte, traslado, acogida y recepción» (además del alojamiento). Tras la Reforma de 2015, que suprime por innecesaria la referencia a esta última conducta, el nuevo párrafo primero hace ya también alusión expresa al «intercambio o transferencia de control» del Texto europeo, que quizás podrían entenderse abarcados por las figuras anteriores, si bien no con la certeza exigible de una norma penal.

En general, se produce un traslado muy fiel (con apenas discrepancias) de una Directiva importante, ya antes incluso de 2015²⁰ que delimita claramente lo que significa la trata e, implícitamente, el importante desvalor de la misma²¹, aun con cierto margen de mejora en relación con las sanciones vinculadas a la materialización de las finalidad propuestas.

III. DISTINCIÓN DE SENTIDO DOGMÁTICO Y COHABITACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Veámos en el epígrafe anterior que la previsión típica de la trata de seres humanos y del tráfico de migración ilegal surgen de una sola realidad relacionada con la movilización interesada de personas. Pero hemos visto también cómo esa misma realidad fue conformando previsiones típicas

¹⁸ En relación con la independización del delito, DAUNIS RODRÍGUEZ, «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *InDret*, 1, 2010, pp. 1 ss. Véase también, entre otros trabajos, su monografía *La trata de seres humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

¹⁹ Detenidamente, PÉREZ FERRER, «Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código penal español tras la LO 1/2015, de 30 de marzo», *LH Morillas Cueva*, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 1471 ss.

²⁰ Así, ya DE LA MATA BARRANCO, *Derecho penal Europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 224.

²¹ Con mucho detalle, BERASALUZE GERRIKAGOITIA, *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas: con especial atención al fenómeno en el ámbito del servicio doméstico*, Donostia-San Sebastián: UPV/EHU, pp. 243 ss.

diversas, desparramadas incluso, que, observadas en su totalidad, reflejan una dotación de sentido dogmático también diverso.

Así, en relación con la condición de trabajadores de los sujetos objeto de esa gestión poblacional ilegal, podemos rescatar las previsiones de los artículos 311, 311 bis y 312 CP. Puede entenderse que, en estos delitos, se pretende tutelar el mercado²² o la política migratoria estatal²³. Sin embargo, no existe, como se ha afirmado reiteradamente, ningún contenido de injusto material propio²⁴ ulterior en desvalor a la capacidad lesiva de los distintos ilícitos administrativos ya previstos. Obsérvese que la conducta del artículo 312.1 se consume sin necesidad de imposición de condición laboral ilegal alguna²⁵, de modo que no presta atención a la finalidad de explotación perseguida por el autor, más allá del potencial riesgo para el trabajador²⁶, lo que sí se hace ya en el artículo 177 bis²⁷, que, a pesar de la cláusula concursal de su apartado 9, puede perfectamente absorber el posible tráfico existente²⁸.

En cuanto al artículo 311 bis, se penaliza el simple hecho de emplear o dar ocupación a ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo (o a menores), de nuevo sin necesidad de lesividad o puesta en peligro de bien alguno de titularidad personal²⁹. Se trata, de facto, de un tipo residual cuya

²² Así, RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS y COLINA OQUENDO «Los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Código Penal Comentado*, Rodríguez Ramos (Director), Madrid: La Ley, p.1721.

²³ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE y SALAT PAISAL, «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Comentarios al Código Penal español*, Quintero (Director), Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 737 ss.

²⁴ Por todos, FUENTES OSORIO, «Tráfico ilegal de mano de obra (Art.312.1 CP)», *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Pérez Alonso (Director), cit., pp. 795 ss.

²⁵ Entre otros, FUENTES OSORIO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *Memento práctico Derecho penal económico y de la empresa*, Ortiz de Urbina (Coordinador), Madrid: Lefebvre, 2011, pp. 7750 ss. o MARTINEZ BUJÁN, *Derecho penal económico y de empresa*, 6.ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 874. Un análisis completo, en NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

²⁶ Véase con detalle, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra, lo que falta», *Memento Práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre, 2020, nn. 13150 ss.

²⁷ Así, POMARES CINTAS, *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 129 y 136.

²⁸ En este sentido, FUENTES OSORIO, «Tráfico ilegal de mano de obra (Art.312.1)», cit., pp. 814 ss.

²⁹ Así, entre otras, POMARES CINTAS, «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015», cit., p. 636 o TAPIA BALLESTEROS, «Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: ¿por fin una tutela para la persona “no

aplicación, como su propio texto indica, se vincula a que los hechos no sean constitutivos de un delito más grave, sea el artículo 311, sea el artículo 312, sea, por supuesto, el artículo 177 bis, 1 a) o 4 b)³⁰. Por ello, es, en su configuración actual, un precepto redundante, innecesario e insuficiente, máxime al no contemplar la conducta consistente en emplear a víctimas de trata de seres humanos de forma consciente (prevista en la normativa europea) y menos aún la utilización de su servicio³¹, actuando como usuario, sin ser empleador³². Al no exigirse en absoluto engaño o abuso de situación de inferioridad o condiciones de trabajo que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores³³, el precepto (en cuanto a su desvalor) se aproxima más a las conductas del art. 318 bis y parece apuntar que el objeto de tutela se traslada del sujeto al Estado y a su política migratoria³⁴, lo que permite dudar de su relevancia para el Derecho penal laboral³⁵, aun cuando pueda ser cierta la manifiesta vulnerabilidad que presentan los trabajadores irregulares (extranjeros) frente a los que cuentan con permiso de trabajo³⁶. Aún más innecesaria³⁷ resulta esta previsión si tenemos en cuenta la posibilidad de actuación administrativa³⁸.

nacional” en el ordenamiento jurídico penal español?», *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Pérez Álvarez (Director), Salamanca, 2015, p. 7.

³⁰ Detenidamente, HORTAL IBARRA, Juan Carlos, «Delitos contra los derechos de los Trabajadores», cit., pp. 1095 y ss.

³¹ Detenidamente, VILLACAMPA ESTIARTE, «La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal», *La Ley*, 8554, 2015, p.12. En el mismo sentido, HORTAL IBARRA, «Delitos contra los derechos de los Trabajadores», cit., p.1092.

³² Véase el Considerando 26 de la Directiva 2011/36/UE.

³³ Véase, FARALDO CABANA, «El nuevo delito de emplear ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo (Art. 311 bis)», *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac (Director), 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 975 s.

³⁴ Véanse distintas posibilidades interpretativas en MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., pp. 814 s. y en MUÑOZ CUESTA «La contratación de extranjeros sin permiso de trabajo no motiva la comisión de delito: es necesario además que se perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos reconocidos legalmente», *RJA*, 7, 2003, pp. 183 ss.

³⁵ Véase TRAPERO BARREALES, «La transformación del derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias», cit., p. 40.

³⁶ Lo destaca CORREA CARRASCO, «Los derechos de los trabajadores extranjeros y su protección penal», *RDS*, 67, 2014, pp. 50 s. En el mismo sentido, RAMOS QUINTANA, «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander: Gobierno de Cantabria, 2003, p. 493.

³⁷ Véase POMARES CINTAS, «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma del 2015», cit., p.637.

³⁸ Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, «Artículos 311 a 318: de los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Comentarios prácticos al Código Penal*, Vol. 3, Gómez

Así las cosas, la necesidad de concretar con claridad qué pretende protegerse ahora en el art. 318 bis es central, ya que, mientras que una lectura del tipo penal próxima a la protección de los derechos humanos presenta al inmigrante como víctima, cabe concebir al migrante como mero objeto de comisión del delito en relación con la protección de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios³⁹, o con la protección de la política migratoria del Estado⁴⁰, a pesar de la rúbrica del Título, alusiva a los derechos de los «ciudadanos» y, por ello, de la posible consideración pluriofensiva del precepto.

La tipicidad básica del art. 318 bis 1 pfo. 1, en su redacción actual, solo exige ayuda intencional⁴¹, sin necesidad de organización delictiva, ánimo de lucro o, por ejemplo, puesta en peligro de la vida o la salud, ampliando incluso su ámbito de aplicación en relación con las conductas graves de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴². Por esto, pueden entenderse vulnerados principios penales como el de intervención mínima, *ultima ratio* o proporcionalidad. Incluso la previsión de los tipos agravados del artículo 318 bis 1 pfo. 3, del artículo 318 bis 2 o del artículo 318 bis 3 es en algún caso coincidente con la de las modalidades más graves de infracción administrativa del artículo 54.1 de la LOEX, que remite en varios apartados al Código Penal para cuando las conductas descritas como infracción grave sean constitutivas a su vez de delito. En cualquier caso, serían las modalidades que incorporan un mayor desvalor (de acción o de resultado), por lucro, organización delictiva o peligro⁴³, las únicas que podrían acreditar un contenido material de injusto con suficiente relevancia penal, convirtiendo al delito de favorecimiento de la inmigración ilegal en tipo residual o de recogida (con alguna posibilidad concursal) en relación con el delito

Tomillo (Director), Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 840. También POMARES CINTAS, «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», cit., p. 18.

³⁹ Específicamente, entre otros, DE LA FUENTE CARDONA, «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular», *CPyP*, 18, 2019, p. 175.

⁴⁰ Así, ARROYO ZAPATERO, «Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos», cit., pp. 25 ss.

⁴¹ Por todos, MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Derecho penal. Parte especial*, González Cussac (Coordinador), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 544 ss.

⁴² Véase el artículo 54 1, en sus letras a), b), c) o e).

⁴³ Por todos, RODRIGUEZ MESA, «Artículo 318 bis», *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Álvarez García (Director), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 880 ss.

de trata de seres humanos⁴⁴, siempre que no se acrediten los medios o finalidades requeridos por éste para entender vulnerada la integridad moral.

También apunta a una cierta pluriofensividad solapada con el delito de trata la previsión excluyente de responsabilidad del pfo. 2 del artículo 318 bis 1 (e incluso quizás también la previsión atenuatoria del apartado 6 en cuanto a la referencia a «la finalidad perseguida por el culpable»), atenta a una actuación determinada por los principios de humanidad, imparcialidad y neutralidad⁴⁵ y no condicionada por la mera mejora de la posición económica del sujeto migrante⁴⁶; parece que se pretende con ello salvaguardar un interés preponderante⁴⁷, en el que el propio legislador se decanta por la protección de la situación personal y en detrimento del posible interés político-criminal estatal y colectivo⁴⁸.

La diferencia de desvalor, en todo caso, que contienen ahora las conductas referidas a la trata de seres humanos del art.177 bis CP respecto del de las que se contemplan en el art. 318 bis CP para el fenómeno de la inmigración ilegal es evidente⁴⁹. Esto es así, principalmente, por abordarse en la actualidad los supuestos de trata desde una mirada en la que la víctima y sus derechos son el elemento central a tutelar, perspectiva de la que se aleja el tratamiento penal del tráfico de migrantes.

⁴⁴ En éste sentido, SANTANA VEGA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., p. 1126. También, entre otras, LAURENZO COPELLO, «Artículo 318 bis», *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., p. 869 o TAPIA BALLESTEROS, «LO 1/2015, de 30 de marzo: ¿Por fin una tutela penal para la persona «no nacional» en el ordenamiento jurídico penal español?», cit., p. 7.

⁴⁵ Así, en la Resolución 46/1982 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, «Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas».

⁴⁶ Específicamente, SANTANA VEGA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», cit., pp. 1133 s.

⁴⁷ En este sentido, GARCIA-PUENTE LLAMAS, «Nuestra concepción de las excusas absolutorias», *ADPCP*, 34-1, 1981, p. 84. Asimismo, TERRAGINI, «Excusa absoluta: cuándo y por qué de no castigar», *RDPC*, 3, 2013, p. 41.

⁴⁸ Véase MUÑOZ RUIZ, «La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?», *RECPC*, 18-08, 2016, pp. 22 s.

⁴⁹ Específicamente VILLACAMPA ESTIARTE, «La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», *RECPC*, 13-14, 2011, pp. 6 ss. En comparación con la anterior regulación, también SANTANA VEGA, «El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010)», *CPC*, 104, 2011, pp. 79 ss.

Debe tenerse en cuenta que, en el delito de trata de seres humanos, está explícita la irrelevancia del consentimiento (que no es libre) de la víctima⁵⁰ e implícita la finalidad de obtener beneficios económicos derivados de la explotación⁵¹, conduciendo su redacción, necesariamente, a la tutela de, al menos, la integridad moral de un sujeto pasivo que se ve cosificado y utilizado con fines mercantilistas⁵². Sin embargo, en el delito de tráfico ilícito de migrantes del art. 318 bis 1 se tipifican conductas que, incluso al margen de la previsión del pfo. 2, pueden ser altruistas en su pfo. 1 y en las que es difícil observar la lesividad de la integridad moral⁵³.

IV. CONCLUSIONES

El enfoque con el que se ha tratado el problema de la inmigración ilegal desde las instituciones europeas ha dado lugar a un conjunto de tipos penales que, desde una perspectiva protectora de intereses económicos estatales y comunitarios, se presentan como garantes de los derechos de los migrantes en situación irregular⁵⁴. Pero este enfoque deriva a su vez, por una parte, en una criminalización de conductas de escasa entidad penal y, por otra, en una insuficiencia legal para prever auténticas realidades de explotación laboral (amparadas en la vulnerabilidad, docilidad y disponibilidad de los migrantes⁵⁵), que son «nuevas» formas de esclavitud y no

⁵⁰ Véase SANTANA VEGA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», cit., pp. 553 s. y «El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010)», cit., pp. 79 ss.

⁵¹ Véase IGLESIAS SKUULJ, «De la trata de seres humanos: art.177 bis CP», pp. 593 ss. Asimismo, ACALE SÁNCHEZ/BOZA MARTINEZ, «Artículo 177 bis», *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., pp. 613 ss., COBOS GOMEZ DE LINARES, «Artículo 177 bis», *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., pp. 617 ss. o GARCIA SEDANO, «Artículo 177 bis», *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., pp. 627 ss.

⁵² Así, CANO PAÑOS, «De la trata de seres humanos», *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, Morillas (Director), Madrid: Dykinson, p.464 ss.

⁵³ Véase TAPIA BALLESTEROS, Patricia; «Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: ¿por fin una tutela para la persona no nacional en el ordenamiento jurídico español?», cit., pp. 435 ss.

⁵⁴ Véase GIL ARAÚJO, «Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria», *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Martín Palomo y otras (Editoras), Madrid: Universidad Complutense, 2005, pp. 113 ss.

⁵⁵ En detalle, POMARES CINTAS, «La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización el odio», *Eunomía*, 7, 2014-2015, pp. 163 ss. En conjunto, también, su completo trabajo, POMARES CINTAS, *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, cit. En sentido similar, entre otros,

siempre tienen cabida en el delito de trata del artículo 177 bis⁵⁶, único precepto que realmente parece previsto para tutelar derechos laborales individuales ante dicha explotación.

Cabe proponer una explicación de esta situación a partir de la sucesión de tipos que, en nuestro Código Penal, se han ocupado de la cuestión. Así, los delitos laborales que, originariamente, recogían trazas del actual delito de trata de seres humanos, por preeminencia del trabajo como motor de las migraciones en el mundo, abordaban en esa especificidad el desvalor del comercio de personas, como si en la defensa de esos intereses se protegiesen enteramente las personas objeto del delito. Pero la complejidad social pronto revelaría insuficientes aquellas especificidades.

Con la reforma del año 2000, el artículo 318 bis CP ya se desprendió del elemento laboral al prever el tráfico de personas (incluidas las no trabajadoras). Pero, aun con ello, la «cercanía» sistemática con los delitos laborales hizo persistir los motivos colectivos, de Estado incluso. El bien jurídico, por tanto, se trasladaría –o se expandiría– del trabajo, como fenómeno de interés económico nacional, a la necesidad de controlar los flujos migratorios.

Es en 2010 cuando se crea, en función de las indicaciones europeas, el delito de trata de seres humanos; también parece surgir desde los delitos laborales, o aun del artículo 318 bis CP, pero ubicado lejos de esos intereses economicistas, al menos en la formalidad sistemática del Código.

La coexistencia de estos bloques delictivos plantea, entonces, una duda muy ligada a su genealogía: en el tráfico de migrantes no parece haber necesariamente un desvalor que alcance a provocar un perjuicio en el sujeto migrante como víctima, sino que este se transforma en mero objeto con el que puede afectarse el interés del Estado. Así, de la secuenciación normativa que hemos expuesto, parece razonable concluir que el principal desvalor asociado, originariamente, al delito de tráfico de migrantes ha sido recogido de manera mucho más certera por el delito de trata, separándolo de los delitos laborales en la sistemática del Código Penal y, por tanto, identificando un bien jurídico distinto, personalísimo, en la cartografía dogmática. Pero, de otro lado, en el delito de trata parece exigirse un componente explotador que evoca algunos contenidos economicistas (en forma finalística) –quizá por su conexión genealógica con los delitos

MIÑARRO YANINI, «Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas», *RL*, 10, 2014, pp. 71 ss. o MUSACCHIO, «Contratación ilegal y tutela penal de los trabajadores extranjeros: problemas y propuesta de reforma entre Italia y Europa», *RGDP*, 14, 2010, pp. 1 ss.

⁵⁶ Véase, por todos, VILACAMPA ESTIARTE, «La moderna esclavitud y su relevancia jurídica penal», cit., pp. 312 ss.

laborales–, que no deberían limitar la reprobación en la medida en que la trata misma recoge un desvalor neto contra la integridad moral, bien jurídico que debería defenderse más allá del interés económico –u otros– que con ello se persiga.

En definitiva, el entreverado genealógico en el que se gestan estos delitos no permite perfilar con claridad los bienes jurídicos que cada precepto o bloque delictivo defiende, de modo que reconocerlos en su secuenciación puede servir para cribar algunas de sus inercias disfuncionales y perfilar mejor el sentido de su tutela.

Aspectos problemáticos del delito de corrupción deportiva. Especial atención a las primas por ganar

Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de León*



I. INTRODUCCIÓN Y DEDICATORIA

EN EL BREVE ESPACIO de que aquí se dispone resulta imposible ocuparse en profundidad de un delito tan poco claro en muchos de sus aspectos, incluido el de la justificación de su propia existencia, como es del art. 286 bis.4 CP. Por ello me limitaré a apuntar algunos de sus problemas y a resaltar la novedad que supone que una sentencia haya considerado típica la conducta de ofrecimiento de primas por ganar; se trata de la SAP Navarra 1111/2020, de 23 de abril, en el conocido como caso Osasuna¹.

No haré aquí alusión detallada a la relevancia social y, sobre todo, económica del deporte (de cierto deporte, en especial: el deporte-espectáculo de masas), ni a la creciente importancia de conductas relacionadas con las apuestas

* Este trabajo se inscribe en las tareas del Proyecto de Investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), del que soy investigador principal con la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, y en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León y del Grupo de Investigación DP ULE, que dirijo. Por razones de espacio, las referencias bibliográficas son drásticamente limitadas, pese a que la bibliografía existente es abundante.

¹ No el único por cierto que ha suscitado atención mediática: piénsese en los casos Brugal –tal vez el «padre» del tipo penal–, Levante-Zaragoza u Oikos, por citar solo algunos y en nuestro país (recuérdese, por ejemplo, la relevancia del caso Calcio-poli en Italia, probablemente el más conocido a nivel internacional).

deportivas², ni a la posible conexión de delitos relacionados con la corrupción en el deporte con otros, como, por ejemplo, el blanqueo de capitales.

Pero las presentes y breves reflexiones sirven sobre todo para homenajear a mi querido colega y amigo IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, por cierto, gran deportista (que no ha necesitado primas por ganar, si se me permite la broma), penalista con amplio reconocimiento internacional y tan importante en su Universidad de Salamanca por muchas razones, universidad en la que, desde hace ya bastantes años, tengo una segunda casa, gracias a la amabilidad de las amigas y los amigos de allí y, desde luego, a la de Ignacio. La escuela de Ignacio Berdugo se extiende además más allá de la Universidad de Salamanca y más allá de las fronteras españolas, lo que demuestra la importancia de su magisterio. También con distintos miembros de la escuela en esas otras universidades y países mantengo una estrecha relación académica y personal. Querido Ignacio, ¡te deseo muchos años más de productividad académica y, sobre todo, de felicidad vital! Seguro que tenemos aún muchas cosas que compartir y que me seguirás descubriendo rincones de esa ciudad maravillosa... y del mundo.

II. LA ATENCIÓN DEL DERECHO PENAL A LA CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE

Aunque, como es lógico, no es el Derecho penal el primer ni el único instrumento para combatir la corrupción y el fraude en el deporte, sino

² Respecto de las cuales solo encontramos la mención en el CP, como supuesto agravado, de la finalidad de influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas, que convierte, conforme al segundo inciso, letra a, del art. 286 quater CP, en hechos de especial gravedad los de corrupción en el deporte del art. 286 bis.4 CP, permitiendo, desde luego, una pena que puede llegar a ser muy elevada. Sin embargo, esta vía de prevención y represión del fenómeno es, en mi opinión, poco prometedora, pues, aunque se probara esa finalidad, han de darse y probarse los elementos típicos del delito base, con todos los inconvenientes que este plantea y todas las dudas que suscita. Para quien considere que el Derecho penal debe intervenir con previsiones específicas, existen otros modelos distintos en el Derecho comparado. Probablemente el que más ha llamado la atención es el del Derecho penal alemán, que, por Ley de 11 de abril de 2017, modifica el CP alemán (StGB) introduciendo, dentro de la sección dedicada a la estafa y la gestión o administración desleal, dos nuevos tipos, además de un tercer precepto referido a casos especialmente graves de los anteriores (§§ 265 c, d y e StGB). No es posible aquí exponerlo ni discutirlo; al respecto, en español, SATZGER, H., *Corrupción y deporte. Un análisis crítico de los nuevos tipos penales de «fraude de apuestas deportivas» y «manipulación de competiciones deportivas profesionales» en el Código Penal alemán*, en: Gómez Martín, V./Montiel, J. P./Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2018, 155 ss.

que son diversos y en buena medida, como es correcto, extrapenales³, lo cierto es que, desde el año 2010, el Derecho penal pretende ocuparse directamente de ella, más allá de su eventual encaje en otros tipos. Así, la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo, como único artículo contenido en la nueva Sección 4.^a, «De la corrupción entre particulares», del Capítulo XI («De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores») del Título XIII («Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico») del Libro II CP, el art. 286 bis CP, cuyo número 4 es precisamente el que se refería al tipo que nos ocupa. Y la LO 1/2015, de 30 de marzo, para intentar solventar defectos detectados, cambió la rúbrica de la Sección, que pasa a ser «Delitos de corrupción en los negocios», modificó el art. 286 bis y añadió unos nuevos arts. 286 ter (que aquí interesa menos) y 286 quater a la Sección, que constituyen los preceptos hoy vigentes.

Como se verá en las breves consideraciones que siguen, mi valoración de esos preceptos no es muy positiva. Y, por lo demás, su eficacia práctica dista de ser evidente⁴.

³ Piénsese, por ejemplo, en la reciente creación en nuestro país de la Comisión Nacional para combatir la manipulación de las competiciones deportivas y el fraude en las apuestas, CONFAD: <https://www.ordenacionjuego.es/es/CONFAD>.

⁴ Parece ser que los supuestos de condena no pasan de tres (hasta donde he podido controlar), dos de ellas en conformidad. Parece de especial relevancia la última, la referente al caso Osasuna, a la que hago referencia varias veces en este trabajo. Se trata de la SAP Navarra 111/2020, de 23 de abril, que, tras un considerablemente largo (y algo accidentado) periplo judicial, condena, en lo que aquí más interesa (pues los delitos son diversos), por delito de corrupción en el deporte a cinco exdirectivos del Club Atlético Osasuna y a dos exfutbolistas del Real Betis Balompié por el pago ofrecido a los dos futbolistas béticos por representantes del club navarro para que el Betis, matemáticamente descendido, ganara en su campo al Valladolid y se dejara ganar por el Osasuna en los dos últimos partidos de temporada liguera 2013-2014, para garantizar la permanencia de este último club (que estaba cercano al descenso) en la categoría. La sentencia, recurrible en casación, ha sido calificada por diversos medios de comunicación y entidades relacionadas con el deporte (especialmente el fútbol) como histórica y como un gran espaldarazo a los esfuerzos por preservar la integridad deportiva en las competiciones. Probablemente lo más llamativo de ella sea que considera típico el pago (o el ofrecimiento de tal) de prima a terceros por ganar, pero además, en realidad, la sentencia interpreta diversos elementos del delito. Si esta sentencia supone una brecha hacia la mayor aplicación del tipo penal y si sus interpretaciones se imponen en la jurisprudencia solo nos lo dirá el futuro.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Aunque en las LO que introdujeron⁵ o modificaron los preceptos no encontramos explicación clara de qué es lo que se pretende proteger, me da la impresión de que cada vez más se piensa en la integridad deportiva (vinculada a la competición, prueba o encuentro de especial relevancia económica o deportiva)⁶.

Sin embargo, además de mi opinión contraria a la existencia y protección como bien jurídico de la integridad en el deporte, que ya he explicado ampliamente⁷, si su protección fuera la finalidad de los tipos, su plasmación habría sido deficiente, pues dejaría fuera de alcance las conductas unilaterales (de jugador, árbitro) que tengan por objeto alterar el resultado de la prueba, etc., y no se justifica la gravedad que la pena puede alcanzar (hasta cuatro años de prisión, sin concurrir los tipos agravados).

La ubicación del precepto apuntaría más bien, especialmente tras la reforma de 2015, a que lo que se protege (de forma bastante vaga, por lo demás) serían los intereses económicos vinculados al deporte (a una parte de él). Pero, en el plano de las hipótesis, la referencia en el tipo a «prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o

⁵ Respecto de la LO 5/2010, nuestro homenajeado, en un trabajo del que es coautor, nos dice: «Si acudimos a la Exposición de Motivos para conocer la explicación que proporciona el legislador sobre las razones que llevan a la incorporación del nuevo delito, la conclusión es cuanto menos, decepcionante, pues se limita a anunciar que se van a tipificar estos fraudes pero se abstiene de especificar los motivos» (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./CERINA, G., *Algunos problemas del nuevo delito corrupción en el deporte*, en: Revista General de Derecho Penal 18 (2012), 2.

⁶ Pocas dudas parece plantear que es en la integridad deportiva aquello en lo que piensa la SAP Navarra 11/2020 en el caso Osasuna, que, al comienzo de su exposición sobre el delito de corrupción deportiva señala literalmente: «Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que estas tengan carácter profesional». En el mismo sentido apuntan sus amplias referencias a la normativa internacional y al Derecho comparado. Y ya con meridiana claridad cuando, tras mencionar el debate sobre el bien jurídico, cree que puede «concluirse que es similar al delito de competencia desleal puesto que se trata de salvaguardar la limpieza en las competiciones con el fin de proteger su resultado, salvaguardar la integridad deportiva confluyendo así los valores sociales y económicos inherentes al deporte profesional».

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *¿Debe el Derecho penal proteger la integridad en el deporte?*, en: Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson, Madrid, 2018, 999 ss., entre otros lugares y con ulteriores referencias.

deportiva» hace, al menos teóricamente, posible la comisión del del delito sin afectación o peligro para intereses económicos.

En definitiva, me parece que es difícil perfilar el bien jurídico que se protege en el tipo que nos ocupa. Y ello es ya un indicio suficiente de que no está nada claro que las conductas descritas en él deban constituir un ilícito penal. Confundir interés social e importancia económica del deporte con necesidad de intervención penal específica para su protección constituye un error o un salto lógico y teleológico que debería evitarse. Tampoco la supuesta superación de las dificultades (no siempre ciertas y, desde luego, no siempre insuperables por otras vías) de prevenir y reprimir los amaños a través de la normativa extrapenal justifican sin más el recurso al Derecho penal, que requiere una fundamentación material autónoma y vinculada a la protección de bienes jurídicos especialmente relevantes frente a los ataques más importantes a ellos⁸.

IV. LOS SUJETOS ACTIVOS

Se trata, sin duda, de un delito especial (utilizando la terminología clásica), que solo pueden cometer como autores directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva o deportista, árbitro o juez (deportivo).

No es posible detallar en el espacio disponible los distintos problemas que se plantean, de modo que enuncio algunos de forma telegráfica.

Para empezar, pese a la ubicación del precepto (en sí misma discutible) tras las conductas relativas a la corrupción en los negocios, en que el n.º 2 del art. 286 bis CP tipifica una conducta de corrupción activa que puede cometer cualquiera, el paralelismo no existe en el delito de corrupción deportiva, en que, en mi opinión, no cabe apreciar, salvo vulnerando el principio de legalidad, ningún delito común. La punición de *extranei* (por ejemplo, socios o aficionados de un club que intentan sobornar a un árbitro o a jugadores de otro) solo será posible cuando lo permitan las reglas generales de la participación y en condición de partícipes. Ello conduce a ulteriores problemas, que aquí no se pueden mencionar.

La normativa deportiva será importante para el concepto de «entidad deportiva», sin que pueda excluirse una interpretación algo más amplia en

⁸ Sobre la discusión acerca del bien jurídico protegido, por todos, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *El delito de fraudes deportivos. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2011, 114 ss.; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 59 ss.

el Derecho penal. Directivos, administradores, empleados y colaboradores de tal entidad configuran el primer grupo de posibles autores del delito. Son términos amplios, idénticos a los que mencionan, en esos casos en relación con la empresa mercantil o la sociedad, los dos primeros números del art. 286 bis CP. También la normativa deportiva podrá ayudar a su interpretación. De todas formas, la inclusión de los colaboradores (término un tanto vago) apunta a una gran amplitud de sujetos en este primer grupo, si bien quedan fuera, por ejemplo, los socios de una sociedad deportiva o los aficionados y seguidores de un club deportivo. Sin embargo, ya en relación con los dos primeros números del artículo se suscita el problema de la inclusión o no de los administradores de hecho, pues no son mencionados expresamente por el precepto.

La SAP Navarra 111/2020, de 23 de abril (caso Osasuna), excluye del tipo a los administradores de hecho, a través de una interpretación sistemática *a contrario*: «Y en cuanto a los “administradores”, al no equiparar el precepto a los administradores de hecho a los de derecho, como si ocurre en otros artículos del código penal, los primeros quedarán excluidos». Si bien esta interpretación es posible, el argumento no me parece concluyente. Además de otras razones, desde un punto de vista (también sistemático) interno al propio precepto, este apunta a una amplitud de categorías, como lo indica sobre todo la inclusión de los colaboradores, que abonaría la interpretación amplia y en sentido material del término administradores, incluyendo a los de hecho (interpretación que solo quedaría vedada si la norma se refiriera literalmente solo a los administradores *de Derecho*). Y ello es seguramente preferible desde un punto de vista material.

En lo que se refiere a deportistas, árbitros o jueces, hay que entender que las dos últimas categorías vienen a ser materialmente idénticas: personas encargadas de que se cumplan las reglas aplicables en el correspondiente evento deportivo, con independencia de que sean principales, auxiliares, encargados de VAR, etc. La doble mención se explicaría por la distinta terminología empleada en las diferentes modalidades deportivas. Diversos autores incluyen también en la categoría a los miembros de los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas, si bien ello resulta más discutible. En todo caso, en cuanto ejercen función pública (en sentido material) podrán cometer delitos contra la Administración Pública como el cohecho.

Algún problema suscita la referencia a «deportistas», especialmente porque la normativa deportiva menciona a menudo separadamente a técnicos y deportistas, planteándose por lo tanto si los primeros (especialmente, aunque no solo, los entrenadores) pueden cometer el delito. Además de la posibilidad gramatical de entenderlos incluidos, autores como,

por ejemplo, CASTRO MORENO⁹, señalan que, en todo caso, esos técnicos encajarían en las categorías de empleados o colaboradores. Ello es cierto, aunque planteará dificultades a algunas interpretaciones del precepto¹⁰. Y, por lo demás, como señala CALABUIG GOENA¹¹, incluir a los técnicos como empleados o colaboradores de una entidad deportiva (y no deportistas) hace imposible que el entrenador de un deportista no integrado en una entidad deportiva quede dentro del alcance del tipo. Esto, además de volver a plantear la inconveniencia de la inclusión del tipo dentro de los de corrupción en los negocios y su peculiar estructura, haría recomendable (si se defiende la existencia del delito) la inclusión expresa de técnicos o entrenadores¹².

V. LAS CONDUCTAS TÍPICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRIMAS POR GANAR

1. *La referencia a las conductas (anteriores) de los delitos de corrupción en los negocios*

Baste recordar aquí que tal referencia va a implicar que no integran el tipo conductas unilaterales (en el sentido de únicas no dirigidas a otro o como recepción de las de otro) para predeterminar o alterar resultados (por ejemplo, por un árbitro, a iniciativa propia, para ganar apuestas deportivas), ni las que supongan un ofrecimiento o pago posterior por actos ya realizados (el paralelo al cohecho subsiguiente), pero tampoco aquellas que no impliquen contraprestación de las señaladas. Eso sí, como se deduce con claridad de los verbos típicos, no es preciso que la contraprestación llegue a producirse efectivamente para que el tipo quede consumado, ni tampoco que se produzca efectivamente la predeterminación o alteración

⁹ Advirtiendo de que en todo caso sería mejor una mención expresa en el tipo, CASTRO MORENO, A., *El delito de corrupción en el deporte*, en: Palomar Olmeda, A./Pérez González, C. (coords.), *Derecho Deportivo. Legislación, Comentarios y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 774, entre otros lugares.

¹⁰ Así, a quienes creen que los deportistas solo pueden ser sujetos de la modalidad pasiva, pues, si los técnicos no fueran «deportistas», aunque fueran empleados o colaboradores no podrían ser sujetos receptores del soborno u oferta de tal, sino solo sobornantes, lo que no parece encontrar fundamento razonable.

¹¹ CALABUIG GOENA, J., *El delito de corrupción en el deporte: breves consideraciones a la luz de la sentencia del Caso Osasuna*, en: *Diario La Ley (LL)* 15-09-2020, 4.

¹² Sobre los sujetos activos del delito, en general y por todos, v. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *El delito de fraudes deportivos*, 2011, 120 ss.; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, 2012, 84 ss.

del resultado a las que me refiero a continuación, con independencia de que en algunos de esos casos puedan concurrir eventualmente otras responsabilidades.

2. *La finalidad de la conducta. Las primas o incentivos, en especial, las primas por ganar*

La conducta debe tener «por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva».

La predeterminación o modificación podrá ser pretendida de diversas maneras, siempre referida al resultado de las pruebas, encuentros o competiciones que se señalan.

Sin embargo, cobran aquí especial relevancia, en relación sobre todo con conductas de los deportistas, las llamadas primas o incentivos. Estas primas pueden proceder de la propia entidad deportiva hacia sus deportistas o de terceros. No hay discusión en que, en ambos casos, encajarían en el tipo aquellas destinadas a predeterminar un resultado deportivamente desfavorable para la entidad del deportista, es decir, las llamadas primas por perder o empatar.

Más discutible resulta el encaje de las primas por ganar, cuya atipicidad nadie discute cuando quien la ofrece es la propia entidad a la que pertenece el deportista. Existe también bastante consenso doctrinal (aunque con algunos matices) en que tampoco son típicas las primas a terceros (es decir, a deportistas de otras entidades) por ganar¹³. Sin embargo, la reciente SAP Navarra 1111/2020, de 23 de abril (caso Osasuna) ha considerado lo contrario, lo que vuelve a traer el tema al primer plano de la discusión¹⁴.

¹³ V. al respecto, por todos, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *El delito de fraudes deportivos*, 2011, 172 s.; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, 2012, 165 ss.

¹⁴ Aunque se citará alguna opinión crítica respecto de la sentencia, de inmediato hubo alguna favorable; así, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, F., *Análisis de la Sentencia 1111/2020 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 23 de abril de 2020, que clarifica algunos aspectos controvertidos del delito de corrupción deportiva (art. 286 bis cuarto C.P.)*, en: Revista Jurídica LaLiga 16 (2020), *passim* y, a modo de conclusión, 5: «por su fundada contribución a la interpretación de algunos elementos esenciales para el tipo penal, y en la indudable generación de seguridad jurídica». También de inmediato, aunque reconociéndole algún mérito, crítico con lo que la sentencia sostiene sobre las primas por ganar, CORTÉS BECHIARELLI, E., *Primera valoración de la sentencia del caso Osasuna*, en: Iusport: El otro lado del deporte 25-04-2020.

En esta resolución judicial leemos: «La dificultad se plantea con relación a las conocidas como “primas a terceros”. Sin embargo, del estudio del tipo penal y del estudio del derecho comparado, llegamos a la conclusión de que también este tipo de primas están incluidas en el tipo penal. Así, hemos de partir de la consideración de que el legislador bien podía haber excluido expresamente este tipo de conducta. Sin embargo, al describir la conducta típica únicamente se refiere a la “*finalidad de predeterminación o alteración de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales*”./Téngase en cuenta que como ya hemos señalado, se trata de un delito de mera actividad en que basta el ofrecimiento o la solicitud con esta finalidad para que el delito se entienda consumado. Por tanto, el argumento de que pagar una cantidad determinada u ofrecer un beneficio o ventaja no garantiza la victoria y por tanto carece de capacidad para lesionar el bien jurídico protegido decae por cuanto no es exigible que efectivamente se produzca esa victoria. Cuestión distinta es que la efectiva entrega del beneficio o ventaja pueda quedar condicionada a que efectivamente se logre la victoria».

Como señala CALABUIG GOENA¹⁵, la primera parte del razonamiento supone una cierta contradicción interna en la resolución judicial¹⁶. Pero más interesante es el segundo razonamiento que pretende contradecir el argumento manejado por la doctrina de que el ofrecimiento, solicitud o pago de la prima no garantiza la victoria. Efectivamente, la ley no exige que efectivamente se predetermine o altere el resultado, pero la sentencia olvida que lo que sí exige el tipo es la finalidad (por cierto, predicada de «las conductas») de predeterminar de manera deliberada y fraudulenta el resultado, lo que implica una idoneidad objetiva para esa predeterminación o alteración, idoneidad difícilmente predicable de aquella prima que se ofrece, solicita o entrega para conseguir precisamente aquello que es lo esperable en la prueba, encuentro o competición (normalmente ganar). Enseguida volveré a ello y también al refuerzo que supone la exigencia «de manera deliberada y fraudulenta»¹⁷.

¹⁵ CALABUIG GOENA, J., *LL* 15-09-2020, 6.

¹⁶ Frente a la anterior defensa en la sentencia de la exclusión del círculo de autores de los administradores de hecho precisamente porque el tipo no los menciona expresamente.

¹⁷ Añade la sentencia referencias al Derecho comparado y a alguna resolución de órganos disciplinarios internacionales y al hecho de que, considera, de la Ley del Deporte no se deriva que la obligación del deportista sea salir a ganar, sino «a asegurar que el resultado deportivo se produzca conforme a las normas previas mutuamente conocidas y aceptadas, sin condicionantes externos no incluidos en las reglas que rigen la correspondiente disciplina deportiva». V. además la siguiente nota.

Parece evidente que tras todo lo anterior late la idea de defensa a ultranza del conjunto de valores que constituirían la integridad deportiva, lo que explicaría además la apelación a una cascada de prejuicios anunciados también en la sentencia¹⁸, prejuicios cuya derivación de las primas por ganar difícilmente puede probarse. Podría deducirse de aquí que toda desviación de la «pureza» del deporte (eso sí, solo en las pruebas, encuentros y competiciones mencionadas en el tipo) merecería sanción penal por lejana que fuera la posibilidad de predeterminación o alteración que de ella pudiera derivar. Pero, en ese caso, no se entiende muy bien por qué no habrían de estar incluidas en el tipo las primas u otros estímulos por ganar ofrecidos por la propia entidad deportiva del deportista, que no dejarían de ser un condicionante y una ventaja (en el sentido del razonamiento de la sentencia) frente a otros que no juegan animados por esas primas o estímulos. La desmesura de esto último es evidente, pero no mucho más que la de la inclusión en el tipo penal de las primas a terceros por ganar. Si la pureza o integridad del deporte requieren prohibir y sancionar las primas a terceros por ganar, ello deberá hacerse en todo caso desde fuera del Derecho penal.

Y pasa la sentencia a enfrentarse al otro argumento que yo he apuntado más arriba: «Se ha defendido como argumento para considerar no punibles las denominadas primas a terceros que, partiendo de que la obligación de todo deportista es ganar, el incentivo por hacerlo podría incluso carecer de antijuridicidad material por no ser apto para lesionar el bien jurídico protegido, derivando esta conclusión del carácter “fraudulento” que ha de tener la alteración del resultado. Sin embargo esta Sala considera que en realidad, esta interpretación del art. 286 bis 4 del CP parte de una permisividad social hacia esas primas por terceros que sin embargo no implica la falta de tipicidad de la conducta».

Este nuevo argumento vuelve a basarse en una vaga y extremada concepción del bien jurídico (al parecer, la integridad deportiva) que parece partir de que cualquier interferencia externa lo pudiera poner en peligro o lesionar (además de forma grave, como requiere el Derecho penal) y, en definitiva, de una posición de tolerancia cero frente a la separación de la total pureza deportiva, que explicaría la alusión final, sin duda desaprobatoria, a una supuesta «permisividad social» hacia las primas a terceros por ganar. Pero, además de que ese no debe ser el bien jurídico protegido

¹⁸ «Ello es así porque con el ofrecimiento de cantidades o beneficios a un club por ganar un encuentro, no solo se está buscando por el club ofertante una ventaja, sino que se producen una serie de efectos concatenados como es, entre otros, el perjuicio de otros equipos que dependen de esos resultados de terceros además de los perjuicios económicos derivados de las apuestas o quinielas».

y menos frente a afectaciones, a lo sumo y si las hay, muy leves a él, nada de lo dicho tiene que ver con la finalidad e idoneidad de la conducta para *predeterminar o alterar el resultado*, pues el ganar (en los casos normales) es precisamente la no alteración de lo esperable.

Y, contra lo que sostiene la sentencia, creo que la exigencia de que la predeterminación o alteración sean «de manera fraudulenta» refuerza la exclusión de las primas a terceros por ganar del tipo penal¹⁹.

3. *La restricción a determinadas pruebas, encuentros o competiciones*

Solo podré señalar aquí que, aunque no exenta de toda duda, el nuevo ámbito de pruebas, encuentros o competiciones que quedan comprendidos y definidos tras la reforma de 2015 es preferible a la redacción original del precepto.

VI. EL TIPO SUBJETIVO

El delito es claramente doloso, no tipificándose ninguna modalidad imprudente. Además, la mención de finalidad (aunque predicada de las conductas) y el carácter deliberado y fraudulento de la predeterminación o alteración de resultados (más allá de la naturaleza precisa de estos elementos) hacen exigible dolo directo y, en mi opinión, concretamente de primer grado.

VII. LAS MODALIDADES AGRAVADAS

En la reforma de 2015 se introducen dos tipos de agravaciones en el art. 286 quater CP, unas generales para todo el art. 286 bis CP y otras específicas para la corrupción deportiva del número 4 de ese artículo.

En general, debe tenerse en cuenta que los supuestos que expresamente menciona el artículo no son necesariamente, según su tenor, los únicos «de especial gravedad» (aunque ellos lo sean «en todo caso»), lo que introduce una considerable vaguedad (no muy acorde con el mandato de

¹⁹ Pues estas no suponen predeterminación o alteración, pero, desde luego menos aún de modo «Engañoso, falaz» (DLE). Incluso el adjetivo «deliberada» abunda en lo mismo, pues malamente se podrá pretender de modo «Voluntario, intencionado, hecho a propósito» (DLE) algo (predeterminación, alteración de resultados) que no puede conseguirse con la conducta pretendida (ganar).

determinación o certeza derivado del principio de legalidad), sobre todo si se tiene en cuenta el notable incremento punitivo, que puede llegar hasta la pena superior en grado. La vaguedad está presente también en algunas de las agravaciones generales.

En relación con las agravaciones específicas al delito de fraudes deportivos, la relativa a la finalidad de influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas demuestra el interés del legislador en atajar el fenómeno del fraude asociado a las apuestas deportivas, que parece ser de gran importancia económica, pero la respuesta no es directa ni adecuada, pues se hace por la vía de agravar supuestos que no necesariamente tienen que ver con las apuestas (aunque sean un caso frecuente) y en los cuales se observa falta de lesividad propia para alcanzar justificación la respuesta penal y además adolecen de defectos en su tipificación que precisamente pueden dejar sin respuesta casos, eventualmente graves, orientados a las apuestas (por ejemplo, la alteración de resultados individualmente –sin bilateralidad– por un árbitro que ha apostado grandes cantidades en el sentido del resultado que altera).

En cuanto al segundo supuesto agravado (que los hechos «sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional»), nos vuelve a poner, por una parte, ante el problema de delimitar lo que sea competición «profesional», que intentó superarse en la última reforma del art. 286 bis.4 CP, pero, además, vacía una parte del tipo básico apuntando a una especie de «ultrarrelevancia económica o deportiva».

VIII. LAS PENAS

Aunque es un aspecto a menudo olvidado, distintos autores reflexionan sobre las penas que se imponen en los delitos de corrupción en los negocios y que alcanzan por tanto al que ahora nos ocupa, aspecto que en realidad resulta importante²⁰.

Ya en el tipo básico, centrándonos solo en la pena de prisión, esta resulta demasiado indeterminada (de seis meses a cuatro años)²¹ y, sobre

²⁰ V. especialmente y con ulteriores referencias, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., *La corrupción en el deporte en el Derecho penal español: ¿un legislador torpe, inmoral o estratégico?*, en: Gómez Martín, V./Montiel, J. P./Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 2018, 144 ss.

²¹ La extensión e indeterminación de la pena se amplía con la posibilidad de reducción que ofrece el número 3 del art. 286 bis CP (si es que resulta aplicable al n.º 4 del artículo), no siendo posible detenernos aquí en este aspecto.

todo, puede alcanzar una gravedad poco justificable, en especial en relación con el tipo de corrupción deportiva que nos ocupa. Si además concurre la agravación del art. 286 quater, las penas se impondrán al menos en su mitad superior, pero también se podrá llegar a la pena superior en grado (¡prisión de cuatro a seis años!), una pena desmesurada y para cuya imposición el art. 286 quater CP no da ningún criterio concreto²².

Estamos, pues, ante un nuevo dato que refuerza los defectos que venimos denunciando. Podría ser torpeza o mala técnica del legislador, pero diversos autores sugieren otras posibilidades (que no excluyen además la concurrencia de la anterior), que sintetiza bien ORTIZ DE URBINA GIMENO²³: se amenazaría de entrada con graves penas para animar a la colaboración de los investigados y facilitar la investigación del delito, sin que sea finalmente importante imponer una pena grave, o, en los casos en que puedan entrar en juego los tipos agravados, ampliar el plazo de prescripción y posibilitar ciertas medidas de investigación²⁴.

IX. REFLEXIÓN FINAL GENERAL

Muchas otras dificultades surgen en relación con el delito que nos ha ocupado y muchas otras críticas podrían hacerse. Salvo cuando las

²² El máximo de pena de prisión coincidiría, por ejemplo, con el de una estafa agravada por recaer «sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social» –art. 250.1.1.º CP–, si bien el mínimo de esta sería muy inferior: un año (la comparación vale para los otros números del art. 250.1 CP); o visto así: una pena de prisión que entra en la zona baja del marco de la tentativa de homicidio del art. 138.1 CP, si la pena de este se rebaja solo en un grado. Las comparaciones «curiosas» podrían extenderse; solo algunos ejemplos más del CP, sin exhaustividad: lesiones del art. 150 CP, manipulación genética (159.1), reproducción asistida sin consentimiento de la mujer (161), detenciones ilegales (163.1), tortura grave (174.1), corrupción o cohecho en actividades económicas internacionales (286 ter), blanqueo de capitales (301.1), delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social agravado (305 bis, 307 bis), delito contra los derechos de los trabajadores (311), incendios forestales graves (353), diversos delitos contra la salud pública (365, 368, 371.1), falsedad documental de autoridad o funcionario público (390), aprovechamiento o uso de secreto o información privilegiada con grave daño para la causa pública o tercero (418, 442, segundo inciso), cohecho (419, 421, 424.1 y 2), malversación (432.1 y 2), conductas relacionadas con conflictos armados (613.1), etc.

²³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., en: Gómez Martín, V./Montiel, J. P./Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 2018, 152.

²⁴ En la sentencia más importante en la práctica judicial española hasta el momento, la SAP Navarra 111/2020, de 23 de abril, las penas de prisión impuestas por el delito de corrupción o fraudes deportivos fueron de un año; como se ve, lejos de la parte alta y sin llegar a los dos años que impedirían la suspensión de su ejecución.

conductas encajen en tipos generales (no específicamente «deportivos» del CP), me parece preferible acudir a normas y medidas extrapenales en la prevención y represión de la corrupción deportiva.

Finalizaré por ello con la cita de una de las máximas especialistas españolas en Derecho penal del deporte, DE VICENTE MARTÍNEZ, quien insiste expresamente en un trabajo del año 2020, en que sigue pensando lo mismo que en otro de 2010: que la tipificación penal realizada por el legislador español supone «la negación de los más elementales principios que deben inspirar el Derecho penal»²⁵, a lo que podríamos añadir que su aplicación en la sentencia condenatoria más importante hasta la fecha en nuestro país acrecienta en algunos aspectos esa separación de tales principios.

²⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Del caso «Brugal» al caso «Oikos», pasando por el caso «Levante-Zaragoza»: la corrupción que no cesa*, en: Millán Garrido, A. (coord.), *Estudios de Derecho deportivo (Libro Homenaje al Profesor Bermejo Vera)*, Reus, Madrid, 2020, 271, reiterando literalmente, según su propia cita, lo que ya afirmara diez años antes en su trabajo *Fraude y corrupción en el deporte profesional*, en: Millán Garrido, A. (coord.), *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Reus, Madrid, 2010, 387 ss.

Reflexión sobre la expansión del derecho penal y la aplicación de los delitos alimentarios nocivos

Ana Isabel García Alfaraz
Universidad de Salamanca



*P*ENSAR EN IGNACIO BERDUGO es hacerlo en un compañero del área de Derecho penal, Rector de la Universidad de Salamanca, pero fundamentalmente en un maestro, por su enorme capacidad de estimular el estudio del Derecho penal y de transmitir conocimientos de sus disciplinas, pero también de Historia, Filosofía... y es que sus recomendaciones de libros y series nunca defraudan. Vayan estas reflexiones como parte del homenaje merecido al que me sumo agradeciendo su valioso ejemplo. Gracias por ser una inspiración.

La sensación de inseguridad subjetiva viene siendo un rasgo característico de la sociedad actual. La aparición de nuevos riesgos, implícitos en los avances tecnológicos, motiva que los ciudadanos demanden seguridad a las instituciones públicas, especialmente al Derecho penal¹, para evitar que se presenten situaciones de peligro para los bienes jurídicos (normalmente de carácter colectivo). Igualmente, la opinión pública y los medios de comunicación declaran su aversión al riesgo y refuerzan la primacía de la seguridad. La consecución de la ansiada seguridad sirve de excusa para que los políticos centren su discurso en ofrecer seguridad y el Derecho penal se instrumentalice y, como no, se politice². De este modo,

¹ HERZOG, F., «Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo (perspectivas más allá del Derecho penal)», en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín y Ulfrid Neumann (coords.), 2003, pp. 249-258.

² PÉREZ CEPEDA, A.I., «El Código penal de la seguridad: Una involución en la Política Criminal de signo reaccionario», en *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Bernuz Beneitez y Pérez Cepeda (coords.), Universidad

se deciden actuaciones dirigidas a restringir los escenarios de actuación arriesgada³, bajando el umbral del riesgo permitido, aumentando los deberes objetivos de cuidado, presumiendo la peligrosidad (mediante los delitos de peligro abstracto⁴) o relajando las exigencias en la verificación de la relación de causalidad. Técnicas todas ellas dirigidas a anticipar y a extender la tutela del Derecho penal^{5,6,7}, a brindar una respuesta de protección total y absoluta ante los nuevos riesgos, tipificando como delitos los comportamientos arriesgados⁸. Esta ampliación disfuncional de su campo de actuación conlleva que las técnicas empleadas se administrativicen y se privatizen⁹. El Derecho penal ya no se limita a intervenir *a posteriori*, una

de la Rioja (Ed.), La Rioja, 2006, p. 225; DEL ROSAL BLASCO, B., «¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?», en *RECPC*, n.º 11-08, 2009, p. 30; SANZ MULAS, N., «De las libertades del marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española», en *RECPC*, 14-10, 2012, p. 28.

³ MENDOZA BUERGO, B., «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Da Agra et al. (eds.), Atelier (Ed.), Barcelona, 2003, p. 361, PÉREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Iustel (Ed.), Madrid, 2007, pp. 308 y ss; SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, Edisofer (Ed.), Madrid, 2011, p. 37.

⁴ MÉNDEZ RODRÍGUEZ señala que en la actualidad las «modalidades de peligro concreto han sido «aligeradas» del resultado de peligro típico; y otras de peligro abstracto se han ido extendiendo a otros delitos operándose así una multiplicación de los tipos «híbridos»», en «*La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código penal: La equiparación punitiva de los delitos de peligro dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de «solventar» la confusa interpretación y aplicación de los tipos penales de peligro*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2017, p. 498.

⁵ PALAZZO, F., «Principio de ultima ratio e hipertrofia del Derecho penal», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca (Ed.), Salamanca-Cuenca, 2001, p. 433.

⁶ ALBRECHT, P.A., «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares (Ed.), Granada, 2000, pp. 482 y ss; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en Homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex (Ed.), Madrid, 2006, p. 137.

⁷ Como indica el profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, se asiste a una expansión del Derecho penal desde dos perspectivas: la ampliación de las conductas tipificadas como delito y la dureza o severidad de la respuesta penal, en *Viejo y nuevo Derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel (Ed.), Madrid, 2012, p. 193.

⁸ GAITÁN GARCÍA, O.L., «Derecho Penal contemporáneo: de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos», en *NFP*, abril 1999, p. 36.

⁹ Esta idea la expresa claramente GARCÍA ARÁN cuando afirma que: «resulta lógico: si se incorporan ilícitos civiles o administrativos al Código penal, se abre la vía para incorporar también características procedentes de esas otras ramas del ordenamiento»,

vez actualizada la lesión sobre el bien jurídico, sino que, en palabras de SILVA SÁNCHEZ¹⁰, «se ha convertido en un derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha administrativizado». El Derecho penal interviene para sancionar conductas cuya lesividad no está probada (únicamente se sospecha), pero esta actuación se legitima sobre la base de la necesidad de proteger eficazmente frente al riesgo¹¹, especialmente si éstos presentan una alta potencialidad lesiva. Se asiste a un proceso expansivo disfuncional del Derecho penal motivado por tres aspectos: la tipificación de comportamientos arriesgados (asociados a la aparición de nuevos riesgos) que han adquirido el rango de delitos, la flexibilización de los criterios dogmáticos de imputación y la reducción de garantías penales y procesales¹². Esta expansión del Derecho penal se puede explicar desde el punto de vista legislativo, pero también es observable en la actuación de los órganos administrativos colaboradores de la jurisdicción penal o en la aplicación judicial de los tipos penales¹³, que es la que se analizará en estas páginas.

La expansión del Derecho penal se realiza mediante la interpretación extensiva que los jueces y tribunales efectúan de los tipos penales y procesales¹⁴, pero también cuando se deja a la libre valoración del juez la validez

en «Despenalización y privatización: ¿Tendencias contrarias?», en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: El análisis de la Escuela de Frankfurt*, Arroyo Zapatero, Nieto Martín y Neumann (coords.), Cuenca, 2003, p. 195.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, Op. cit. p. 134.

En idéntico sentido, entre otros, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid (Ed.), Valladolid, 1999, p. 13; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una administrativización del Derecho Penal o una Penalización del Derecho Administrativo Sancionador?», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam*, Vol. I, EUS (Ed.), Cuenca, 2001, pp. 1417-1444.

¹¹ PÉREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Op. cit., p. 327.

¹² Ibidem, p. 308.

¹³ ALONSO GALLO, J., «Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Op. cit., pp. 33 y ss; CASTRONOVO, D., *Il principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne (Ed.), Roma, 2012, pp. 87 y 158.

¹⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS expresa «los Jueces y Tribunales tienen también a interpretar y aplicar expansivamente la legalidad penal y procesal penal –tal vez como consecuencia de la inercia de esa tendencia expansiva del moderno derecho penal y por la demanda social y política de mayor seguridad a través de más derecho penal –y a aplicarlos a situaciones como mínimo fronterizas con el ejercicio de derechos fundamentales o libertades públicas», en «*Expansión del Derecho penal*

de la ley causal¹⁵. Siendo posibles los supuestos en los que, sin ceñirse a la aplicación de las leyes causales indiscutidas, acuden a las leyes estadísticas¹⁶, o incluso a los datos de correlación¹⁷ para confirmar la relación de causalidad y así poder, en situaciones de incertidumbre, castigar comportamientos potencialmente lesivos y vulnerando el principio *in dubio pro reo*. En ocasiones, este principio se desvirtúa, porque se entiende que el juez lo respeta cuando no tiene dudas sobre las pruebas presentadas, aunque su motivación se fundamente en una postura minoritaria (ofrecida por un perito o un técnico), y ésta sea contraria al enfoque predominante o aquel sostenido por la mayoría de los expertos¹⁸. Ese aspecto, lejos de ser una mera conjetura teórica se ha plasmado en la práctica. Así, en el caso de la Colza ante la imposibilidad de verificar cada uno de los eslabones de la hipotética relación de causalidad y de demostrar que cada uno había sido

y límites constitucionales», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac y Enrique Orts Berenguer (dir.); M.^a Luisa Cuerda Arnau (coord.), Vol. 2, Tirant lo Blanch (Ed.), Valencia, 2009, pp. 1659 y ss.

¹⁵ DONNA, E.A., «El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia», en *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Romeo Casabona y Sánchez Lázaro (eds.), Comares (Ed.), Granada, 2010, p. 221.

¹⁶ Vulnerando, en opinión de CORCOY BIDASOLO, los criterios de imputación, puesto que en muchos casos paradigmáticos, como el de la Colza, no se consiguió probar la peligrosidad positivamente a través de la individualización concreta de los elementos que hacían que la sustancia fuera idónea para afectar a la vida y/o salud de las personas, y aún así se les imputó por los resultados de muerte y lesiones, en «La lección de la experiencia española en materia de responsabilidad por el producto: del caso de la colza a nuestros días», en *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, Luigi Foffani, Antonio Doval Pais y Donato Castronuovo (eds.), Giuffrè (Ed.), Milano, 2014, p. 449.

¹⁷ Estos simplemente evidencian que una determinada conducta y un resultado aparecen fenomenológicamente correlacionados con una determinada frecuencia, por ejemplo, los padres con alto nivel de ingresos suelen mandar a sus hijos a escuelas privadas, pero no se puede formular una relación causal, en GÓMEZ RIVERO, M.C., «Causalidad incertidumbre científica y resultados a largo plazo», en *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Op. cit., pp. 182-183.

¹⁸ En este sentido, PIERGALLINI afirma que en la presencia de un cierto estándar de pruebas e incluso de regla Bard («*Beyond any reasonable doubt*»), habrá jueces que condenarían más allá de cualquier duda razonable, y otros que, en cambio, las considerarían insuficientes para afirmar la responsabilidad penal, incluso aunque existiera un cúmulo de pruebas que apunten a la culpabilidad del acusado. Evidenciado todo ello, en su opinión, la gran subjetividad inherente al principio de la libre valoración de la prueba, en «La regola dell'«*oltre ragionevole dubbio*» al banco di prova di un ordinamento di civil law», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 2-3, 2007, pp. 602 y 603.

causado por el anterior, se optó por flexibilizar la prueba de la relación de causalidad entre la acción «verosímil» y los resultados lesivos acontecidos y declarar su presencia, aunque no se conocieran todos los aspectos de la cadena causal. En estos supuestos, hubiera sido razonable aplicar el principio *in dubio pro reo* para respetar las garantías¹⁹, aunque supusiera la impunidad de las conductas. No obstante, como indica CORCOY BIDASOLO²⁰, la falta de sensibilidad y atención a las víctimas en el pasado hace difícilmente posible esa solución. Se asiste a un cambio en la llamada «Carta Magna del delincuente» y principios como *in dubio pro reo* o la presunción de inocencia parecen haberse transformado en la práctica en *in dubio pro victima* y presunción de culpabilidad. De este modo, ante este dilema (vulnerar las garantías procesales o la impunidad), la jurisprudencia española (siguiendo a la alemana en el caso del Lederspray o del Contergan) prefirió sacrificar las garantías, flexibilizando la fijación de la relación de causalidad y admitiendo la existencia de presunciones contra reo que permiten conectar los resultados producidos con una acción realizada anteriormente. Presunciones que se establecen porque no existe el conocimiento suficiente sobre las leyes causales que rigen ese supuesto. Así, resulta suficiente con corroborar una conexión probabilística entre la acción (coincidente en el tiempo y en el espacio) con el resultado producido, provocando que se desvíe «de las exigencias científicas allí donde los datos empíricos son insuficientes para respaldar la interpretación que el tribunal consideraba intuitivamente correcta»²¹. Determinando así que existía una causalidad porque los daños no podían deberse a otras causas distintas, dado que los resultados eran similares y coincidían temporalmente tras el consumo del aceite adulterado y debía ser éste el que produjo los daños. Argumentaciones que conducen, inevitablemente, a la desformalización de la categoría de la causalidad y la subjetivización de la valoración de la prueba²². PAREDES CASTAÑÓN reclama que el juez debe motivar su valoración atendiendo a los conocimientos científicos, fundamentándola en teorías de las ciencias, Metodología, Estadística, Epistemología, etc., pero también justificando por qué los dictámenes periciales discrepantes

¹⁹ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «De nuevo sobre el «caso de la colza»: Una réplica», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 5, 2000, pp. 87-108.

²⁰ CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», en *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 8, 2012, p.46.

²¹ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «De nuevo sobre el «caso de la colza»: Una réplica», Op. cit., p. 105.

²² HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch (Ed.), Valencia, 1995, p. 156.

no eran convincentes²³. Por todo ello, cuando el juez «funcionaliza» la categoría de la relación de causalidad para imputar unos resultados vulnera el principio de *in dubio pro reo*²⁴, porque ante la falta de leyes causales generales la duda sigue estando presente.

Esta expansión en sede judicial se aprecia aún más claramente con la **incorporación del principio de precaución en el ámbito penal** mediante la interpretación de algunos de los tipos penales que regulan los fraudes alimentarios nocivos por parte del TS²⁵. Sirvan como ejemplos de esta tendencia, entre otras: las SSTs 1546/1999, 1973/2000, 18/2001, 1210/2001, 1729/2001, 1442/2002. Todas estas sentencias invocan el principio de precaución en el ámbito de la seguridad alimentaria, y especialmente vienen referidas al art. 364.2.1.º CP con motivo, esencialmente, del uso de clenbuterol para el engorde de ganado vacuno²⁶. La naturaleza del peligro contemplado en este tipo penal resulta cuestionable. El núcleo de la discusión radica en la interpretación que se haga de la expresión «*que generen riesgo para la salud de las personas*». La primera interpretación considera que el legislador contempla un resultado y, por lo tanto, se exige que se verifique el riesgo para la salud de las personas. La segunda, en cambio, sostiene que esa expresión es una característica de la acción y, por ende, será suficiente con probar que las sustancias son potencialmente nocivas, no siendo necesario demostrar el peligro o el riesgo para la salud de las personas. Partiendo de esta discrepancia en la calificación del tipo delictivo, la jurisprudencia del TS apuesta por la segunda interpretación^{27, 28}. Así,

²³ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «De nuevo sobre el «caso de la colza»: Una réplica», Op. cit., pp. 105-106.

²⁴ PAREDES CASTAÑÓN, J.M./RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *El caso de la Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Op. cit., p. 131.

²⁵ Conviene matizar que casi todas las sentencias dictadas aluden a supuestos de administración de sustancias prohibidas para el engorde artificial, y fundamentalmente referidas al clenbuterol y al ganado vacuno.

²⁶ Como indican DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO, este predominio puede deberse a una incidencia real de estos supuestos, o bien, a que su presencia sea consecuencia de la intensificación de las labores de inspección y control veterinario y sanitario en este ámbito, en «*Delitos contra la salud pública (I)*», Op. cit., p. 295; los mismos, «*Rasgos formales y materiales de la tutela de la salud de los consumidores en el Derecho penal español*», Op. cit., pp. 262-264; PUENTE ABA, L.M., «*Breve análisis criminológico de los fraudes alimentarios*», en *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, Op. cit., pp. 390.

²⁷ ANARTE BORRALLO, E., «*Criterios objetivo-normativos de imputación en la jurisprudencia penal alimentaria*», Op. cit., p. 394.

²⁸ Incidiendo en esta idea encuentro particularmente reveladoras las palabras de DONINI cuando afirma: «*prima il legislatore e poi anche l'interprete, hanno dato prova di voler annacquare del tutto la distinzione tra pericolo concreto e astratto-presunto,*

apoyándose expresamente en el principio de precaución²⁹, declara que «*lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real creado con ella para la salud pública*»³⁰. Pero, además, el TS equipara sustancia prohibida a sustancia peligrosa. Sin embargo, como bien apunta DOVAL PAIS³¹, esto es erróneo. De una parte, no toda sustancia prohibida lo es necesariamente por motivos de la salud pública (aunque sea el supuesto más probable)³²; y de otra, aún admitiendo que todas las sustancias prohibidas sean peligrosas, la peligrosidad de las mismas dependerá de la dosis³³, salvo que la nocividad de la sustancia sea tal que la convierta en

poi (e ancor più) quella tra pericolo astratto e rischio, ma anche tra lesione e messa in pericolo, in settori molto prossimi a quelli di nostro diretto interesse», en «Reati di pericolo e salute pubblica. gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale», en La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea, Op. cit., p. 625.

²⁹ De hecho, se recoge expresamente que la decisión en favor de la interpretación recogida se basa en garantizar un alto nivel de protección de la salud pública, haciendo referencia a la Sentencia de 5-5-98 («Reino Unido/Comisión», C-180-96) en la que el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto la posibilidad de aplicar el principio de precaución en materia alimentaria, FJ Segundo n.º 1 *in fine*.

³⁰ Se invoca este principio para justificar una interpretación teleológica conforme al objetivo de la UE de garantizar un alto nivel de protección de la salud pública. Así, la jurisprudencia utiliza el principio de precaución como un recurso para reinterpretar los tipos penales desde una perspectiva ultraprecaucional. Sustituye el concepto de peligro por el de riesgo, simplificando, de este modo la carga probatoria y ampliando el ámbito de aplicación y punibilidad de la norma penal, en MARTINI, Riccardo, «L'accertamento del «pericolo comune mediante frode»: Esigenze repressive e dinamiche prasseologiche», en *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, Op. cit., p. 366.

³¹ STS 1546/1999, de 6 de noviembre, FJ Segundo n.º 2.º.

³² DOVAL PAIS, A., «Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Javier Boix Reig y Alessandro Bernardi (codirs.), Iustel (Ed.), Madrid, 2005, pp. 366, 370.

³³ Igualmente, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO indica que efectivamente muchas de las sustancias no permitidas en la alimentación animal no implican necesariamente un riesgo para la vida y/o la salud de las personas, estableciéndose dicha prohibición por otros motivos, como puede ser el fraude económico. El ganadero utiliza dichas sustancias no permitidas para engordar artificialmente a sus animales de abasto lo que le permite vender a precio de carne lo que en realidad es agua o grasa, en «*La adulteración de productos alimentarios y la alimentación del ganado con sustancias no permitidas*», en *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Lorenzo Morillas Cueva (dir.), José M.ª Suárez López (coord.), Dykinson (Ed.), Madrid, 2013, pp. 464-465.

³⁴ ACCINNI, G.P., «*Larve* di processi e parodie di giustizia (La remissione al giudice della valutazione di insussistenti pericoli per la salute pubblica)», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 2, 2016, pp. 801 y ss, 806 y ss.

tóxica con independencia de la cantidad. Por consiguiente, será necesario verificar no sólo la dosis administrada, sino también otras circunstancias para poder afirmar que se genera un riesgo para la salud de las personas. Sin embargo, dicha comprobación no viene realizada, porque el TS considera que el art. 364.2.1.º se configura como un delito de peligro abstracto y que: «*en consecuencia, parece obvio que el peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma*»³⁴. De este modo, el TS condena por un delito del art. 364.2.1.º CP a los ganaderos en cuyas explotaciones se descubre, por inspecciones veterinarias, la presencia de sustancias no permitidas en el ganado (fundamentalmente, clenbuterol). Esta interpretación implica claramente un doble adelantamiento de la barrera de protección de la salud pública o de la salud de los consumidores. Por un lado, se pasa de un delito de peligro abstracto-concreto a uno de peligro abstracto; y por otro, se observa como estas conductas se encuentran muy alejadas todavía del consumidor, ya que ni siquiera se ha efectuado el sacrificio del ganado y mucho menos se ha destinado su carne o sus productos al consumo humano. El TS al aplicar el art. 364.2.1.º CP declara que este precepto no exige verificar el riesgo para la salud, sino que lo interpreta como una «*mera infracción administrativa o, lo que es peor, sobre la mera sospecha de la Administración respecto a la nocividad del producto*»³⁵, dejando patente la incorporación del principio de precaución en el ámbito penal. En este sentido, la STS 1442/2002, de 14 de septiembre³⁶, afirma que: «*tampoco existe prueba concluyente de que la sustancia genere riesgo para la salud de las personas que consuman la carne de los conejos. Sin embargo, está fuera de discusión que la sustancia suministrada a los animales no está permitida. Cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no sólo la prohibición de*

³⁴ STS 1546/1999, de 6 de noviembre, FJ Segundo n.º 2.º.

³⁵ GARCÍA RIVAS, N., «*Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria*», en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Nicolás García Rivas (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Ed.), 2005, p. 101.

Igualmente, LLORIA GARCÍA, P., «*Algunas consideraciones sobre el momento consumativo en los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al artículo 364.2.1.º del CP*», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Op. cit., pp. 475 y ss y 482; ESCOBAR VÉLEZ, S., «*El traslado del principio de precaución al derecho penal en España*», en *NFP*, Vol. 6, n.º 75, 2010, p. 25.

³⁶ FJ Segundo n.º 3 *in fine*.

peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración».

Igualmente, se observa esta tendencia expansionista en relación con el art. 363 CP en los tribunales inferiores. La doctrina mayoritaria considera que todos los supuestos contenidos en este art. 363 se configuran como delitos de peligro concreto. No obstante, nuestra jurisprudencia, aplicando el principio de precaución, ha extendido el ámbito de aplicación de la modalidad recogida en el art. 363.3 CP (tráfico de géneros corrompidos). De este modo, la exigencia de un peligro concreto ha pasado a ser interpretada a la luz del principio de precaución como si se tratara de un peligro abstracto. En este sentido, son paradigmáticas las sentencias relativas a la incautación de vieiras contaminadas³⁷.

Asimismo, se afirma la consumación del delito sin exigir verificar la existencia de un peligro concreto. En este sentido, por ejemplo, la SAP de Cáceres 27/2001, de 22 de marzo, señala que el acusado: «ofreció y vendió al público géneros alimenticios caducados, géneros con las fechas de caducidad manipuladas y alteradas por diferentes métodos, productos sin el correspondiente registro sanitario, productos sin etiquetado y poniendo en concreto peligro la salud de los consumidores, sin que se haya detectado intoxicación alguna por el consumo de estos productos».

La condena de estas conductas implica castigar conductas que en realidad no superan la mera sospecha de peligro³⁸. Presumiendo que las prohibiciones contenidas en normas administrativas implican siempre *ex ante* un peligro para los bienes jurídico-penales³⁹.

El TS, cuando alude al principio de precaución, en realidad, se interna en el campo de actuación del Derecho administrativo, vulnerando el principio de intervención mínima y dando un paso más hacia la expansión y la administrativización del Derecho penal⁴⁰. Está aplicando directamente argumentaciones propias del Derecho administrativo al Derecho penal

³⁷ SAP de Pontevedra 102/2006, de 13 de septiembre y la 228/2009, de 5 de noviembre) que trasladan al fallo argumentos de la STS 1442/2002 de 14 de septiembre, pese haber sido anulada por la STC 165/2004, de 4 de octubre.

³⁸ ESCOBAR VÉLEZ, S., «El traslado del principio de precaución al derecho penal en España», Op. cit., p. 30.

³⁹ Sin embargo, como expone PAREDES CASTAÑÓN, *las normas administrativas con frecuencia se dirigen más a salvaguardar intereses económicos o políticos que a proteger bienes jurídicos, siendo necesario acudir a las leyes fenoménicas correspondientes, a los conocimientos empíricos existentes, para verificar si la conducta constituye realmente o no un peligro para los bienes jurídicos*, en *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia (Ed.), Madrid, 1995, p. 177.

⁴⁰ GARCÍA RIVAS, N., «Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria», Op. cit., pp. 119 y ss.

y esto es inadmisibile. Impone sanciones penales simplemente por administrar una sustancia no autorizada, es decir, castiga un delito de mera desobediencia en supuestos en los que no existe prueba concluyente de que dicha sustancia suponga un riesgo para la salud, sino que la sanción se basa en la sospecha de que se pueda generar tal riesgo. Esta interpretación jurisprudencial implica relajar los límites de aplicación del principio de precaución. Alega un supuesto de incertidumbre científica (no existen pruebas concluyentes), pero en ningún momento se hace referencia a la necesidad de la existencia de una sospecha científica seria de la perspectiva de un daño de carácter grave o irreversible para la salud humana⁴¹. Prescinde, por tanto, de un aspecto esencial: la evaluación científica que advierta de la sospecha fundada.

A tenor de lo expuesto, la doctrina penal mayoritaria⁴² muestra una aptitud crítica respecto al traslado del principio de precaución al ámbito del Derecho penal. Apreciaciones completamente compartidas, porque ese traslado al ámbito penal incumple los límites de aplicación del principio de precaución establecidos. La incorporación del principio de precaución mediante la vía interpretativa no puede servir para rebajar los requisitos exigidos en los tipos penales, prescindiendo de la verificación del peligro o de la aptitud peligrosa de la sustancia, sino todo lo contrario. La interpretación realizada por el TS de estos tipos penales, basándose teó-

⁴¹ MENDOZA BUERGO, B., «Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro», en *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Carlos M.^a Romeo Casabona (ed.), Comares (Ed), Granada, 2004, p. 451; SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., «Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial», en *Revista Penal*, n.º 25, 2010, pp. 145 y ss.

⁴² Especialmente, GARCÍA RIVAS, N., «Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria», Op. cit.; DOVAL PAIS, A., «Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto», Op. cit.; DÍAZ – MAROTO Y VILLAREJO, J., *El Derecho penal ante los fraudes alimentarios. Responsabilidad por el producto en la moderna sociedad del riesgo*, Civitas – Thomson Reuters (Ed.), Pamplona, 2010, pp. 111 y ss; JAREÑO LEAL, A., «Autoría y participación en los casos de responsabilidad por el producto (los fraudes alimentarios del art. 364.2.1.º)», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Op. cit., pp. 516 y ss; ANARTE BORRALLÓ, E., «Criterios objetivo-normativos de imputación en la jurisprudencia penal alimentaria», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Op. cit., LLORIA GARCÍA, P., «Algunas consideraciones sobre el momento consumativo en los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al artículo 364.2.1.º del CP», Op. cit.; ESCOBAR VÉLEZ, S., «El traslado del principio de precaución al derecho penal en España», Op. cit.; SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., «Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial», Op. cit.

ricamente en el principio de precaución, implica una relajación de las exigencias tipificadas, aumentando así las posibilidades de incriminación. El TS se excede en su labor de interpretación y aplicación de los tipos penales, castigando comportamientos que no cumplen con los requisitos exigidos por el legislador⁴³. Al prescindir de la verificación de una puesta en peligro concreta para la salud de los consumidores o de constatar la peligrosidad de la conducta, está castigando meras desobediencias, difuminando, por lo tanto, las diferencias existentes entre el ilícito penal y el ilícito administrativo⁴⁴. Este desvanecimiento de las fronteras entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador implica a su vez que el TS desconoce los límites propios del *ius puniendi* y que traiciona las garantías del Derecho penal: principio de intervención mínima, lesividad, proporcionalidad, legalidad o presunción de inocencia. De este modo, no sólo se perturba la necesaria coordinación que debe existir entre la intervención penal y la administrativa, sino que se incentiva el proceso de administrativización del Derecho penal.

En resumen, la invocación del principio de precaución por parte del TS me parece desacertada, no tanto por su aplicación en sí, sino por la forma en la que éste viene aplicado. Considero que simplemente se trata de una invocación formal del principio de precaución como si el mero hecho de nombrarlo autorizara la adopción de cualquier medida precautoria, incluida la imposición de sanciones penales sin necesidad de verificar ningún requisito. En este sentido, la aplicación del principio de precaución exige al menos la comprobación de dos premisas: incertidumbre científica y perspectiva de un daño de carácter grave o irreversible para la salud humana (o el medio ambiente) basado en la existencia de sospechas científicas fundadas. Tales aspectos no se constatan en esta tendencia jurisprudencial. En mi humilde opinión, el TS traiciona el espíritu y la finalidad del principio de precaución. Este principio no pretende operar como excusa a la verificación de elementos típicos, como un instrumento que facilite la incriminación de determinadas conductas, sino más bien lo contrario. En fase judicial, el principio de precaución podría ser una herramienta útil para evitar sancionar meras desobediencias, auxiliando al juez en la determinación de la peligrosidad de la conducta o constatando hipótesis de peligrosidad serias.

⁴³ DOVAL PAIS, A., «Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto», Op. cit., p. 370 y pp. 378-379.

⁴⁴ JAREÑO LEAL, A., «Autoría y participación en los casos de responsabilidad por el producto (los fraudes alimentarios del art. 364.2.1.º)», Op. cit., pp. 516 y ss.

La mutilación genital femenina en España: datos y jurisprudencia

Isabel García Domínguez



I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

EN 1997, LA REVISTA MARIE CLAIRE entrevistó a Waris Dirie, la primera mujer que confesó públicamente haber sido víctima de la ablación genital, dejando sin palabras al mundo entero. A pesar de huir de su país natal, Somalia, a los 5 años, no pudo escapar de esta terrible práctica que, en la actualidad, siguen sufriendo millones de niñas y mujeres¹.

La mutilación genital femenina² (MGF de aquí en adelante) es una práctica ancestral que consiste en la resección parcial o total de los órganos sexuales externos femeninos y otras lesiones por motivos culturales, religiosos y no terapéuticos³. Los procedimientos, caracterizados por ser irreversibles, engloban diferentes técnicas como la escisión del clítoris y/o del prepucio, la eliminación parcial o total de los labios menores, la escisión y cosido de los labios menores y/o mayores, y otras –véase el raspado de la uretra o la introducción de sustancias nocivas en la vagina–⁴. Los

¹ CORNAX, C. «Derechos Humanos: la mutilación genital femenina. Ablación mediante escisión, infibulación y otros métodos de tortura sexual» en *Estudios sobre derechos humanos* (Fernández Rodríguez, Prado Rubio y Martínez Peñas, coords), Omnia Mutantur, 2017, pp. 173-175.

² La Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y otras entidades utilizan los términos de «circuncisión femenina» y «exéresis genital femenina» ídem.

³ CASAJOANA GUERRERO, M., CARAVACA NIETO, M.^a, y MARTÍNEZ MADRIGAL, I. «Una visión global de la mutilación genital femenina» en *Matronas Profesión*, vol. 13, n.º 3-4, 2012, pp. 76-77.

⁴ Las OMS ha clasificado los procedimientos descritos en cuatro tipos: clitoridectomía, excisión, infibulación y otros. WORLD HEALTH ORGANIZATION. «Eliminating

instrumentos utilizados para la realización de esta aberrante tradición son cuchillos afilados, tijeras o piezas de cristal, con el uso de mezclas de hierbas, tierra, cenizas y otros elementos para su curación⁵.

En algunos territorios la MGF es un requisito indispensable para que una mujer se pueda casar e incluso para ser aceptada por la comunidad –por ser un signo de pureza–, pero en función de la etnia⁶ tiene implicaciones relacionadas con la tradición, la sexualidad, la reproducción, la higiene o, incluso, la apariencia. La edad a la que se realiza también difiere entre regiones y países, oscilando desde la primera infancia hasta el nacimiento de su primer hijo, aunque lo habitual es desde sus primeros días de vida hasta los 15 años⁷. Los efectos secundarios de la ablación genital son físicos, sexuales, reproductivos, obstétricos y psicológicos, los cuales se desarrollan tanto a corto como a largo plazo según han corroborado diferentes estudios⁸.

Lo cierto es que, con independencia de los motivos que alegan para su realización, la MGF es una violación de los derechos humanos de las mujeres. Entre ellos, se podrían destacar el derecho a la integridad física y moral, la dignidad, la igualdad –por su connotación de género– o la libertad de elección, según declaraciones, convenciones y otros instrumentos

Female Genital Mutilation: An interagency statement, WHO, UNFPA, UNICEF, UNIFEM, OHCHR, UNHCR, UNECA, UNESCO, UNDP, UNAIDS, WHO», 2008, p.4. Recuperado de: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43839/9789241596442_eng.pdf;jsessionid=4CAA6F391F4E611F41E833B0920BoD78?sequence=1 (Consultado el 17 de agosto del 2021).

⁵ HERMIDA DEL LLANO, M.C. «La mutilación genital femenina en España. Un análisis jurisprudencial» en *Estudios sobre mujeres y feminismo: Aspectos jurídicos, políticos, filosóficos e históricos* (Escribano Gámir, coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2021, p. 65.

⁶ A pesar de que es una práctica realizada generalmente por la cultura musulmana, el origen se sitúa en el antiguo Egipto y se ha corroborado que no es un precepto del islam. CASAJOANA GUERRERO, M., CARAVACA NIETO, M.^a, y MARTÍNEZ MADRIGAL, I. «Una visión global de la mutilación genital femenina», *Op. Cit.*, pp. 76-77.

⁷ HERMIDA DEL LLANO, C. «La mutilación genital femenina desde una perspectiva integral y multidisciplinar» en *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas/derechos humanos y empresas* (Fernández Liesa y Díaz Barrado, dirs; Verdiales López, coord.), Copy Red, 2018, pp. 112-113.

⁸ Algunos ejemplos son infecciones, fístulas véscico-recto-vaginales, quistes dermoides, anorgasmia, vaginismo, disminución del deseo sexual, infertilidad, dificultades durante el parto, mayor mortalidad materna, hemorragias postparto, estenosis, sentimientos de humillación, vergüenza, desconfianza o ansiedad, miedo e, incluso, consecuencias psicosociales más graves como el síndrome de estrés posttraumático. CASAJOANA GUERRERO, M., CARAVACA NIETO, M.^a, y MARTÍNEZ MADRIGAL, I. «Una visión global de la mutilación genital femenina», *Op. Cit.*, pp. 78-80.

internacionales⁹. En este sentido, la DUDH incide en el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas en su artículo 3 y recoge el derecho a no ser sometido a tratos humanos, crueles o degradantes en su artículo 5. Asimismo, el artículo 25 de la declaración mencionada, que contempla, expresamente, el derecho a un nivel de vida saludable y al bienestar, ha sido utilizado para combatir esta tradición que afecta a la salud y a la integridad corporal de niñas y mujeres en todo el mundo. También se entiende como una forma de violencia contra la mujer y de manifestación de la desigualdad de género que se encuentra estrechamente arraigada en la estructura económica, política y social de los países que la ejecutan.

La gravedad de esta tradición, que atenta contra los derechos más básicos de niñas y mujeres, justifica la necesidad de su investigación y la elección de la temática para homenajear al Prof. Dr. h. c. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, por ser un firme defensor de los Derechos Humanos. Igualmente, para emprender una lucha eficaz es necesario conocer la realidad del fenómeno. Por lo tanto, el objetivo del presente capítulo es realizar una aproximación de la incidencia cuantitativa y de la praxis jurisprudencial de la MGF en España.

II. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN DATOS. ESPECIAL REFERENCIA AL TERRITORIO ESPAÑOL

La MGF se extiende por todo el mundo a pesar de la violación de los derechos más básicos, así como de los perjuicios físicos y psicológicos que supone. Esta práctica afecta a 200 millones de niñas y mujeres anualmente –según los últimos datos disponibles¹⁰– traspasando las fronteras nacionales.

⁹ Véase la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) de 1948, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer* (CEDAW) de 1979, la *Conferencia Mundial de los Derechos Humanos* del año 1993 o la *Asamblea para la intensificación de los Esfuerzos Mundiales para la Eliminación de la MGF* del año 2012. MANGAS LLOMPART, A. «Una mirada caleidoscópica sobre la mutilación genital femenina en Cataluña. Leyes, protocolos, actuaciones punitivas e intervenciones preventivas. Dos modelos de intervención ante la MGF. A un lado del muro: el Modelo de la Generalitat de Cataluña. Al otro lado del muro: el Modelo Wassu», tesis doctoral dirigida por Kaplan Marcusán, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017, pp. 75-80.

¹⁰ En el año 2008, la cifra estimada se situó entre las 100 y los 140 millones de mujeres y niñas. No obstante, las estadísticas están incompletas por las dificultades de medición que implican. Así, diversas ONGs estiman que su incidencia es mayor.

A propósito de lo descrito, los países que se sitúan a la cabeza son Somalia, Guinea y Yitubi con una prevalencia del 98% y del 95% –para los dos últimos– entre el 2004 y el 2018 –es más, el primer país citado alcanzó el 99% en el 2020–. No obstante, la MGF se concentra en 31 países de África y Oriente próximo, y persiste en Indonesia, países asiáticos –como la India o Pakistán–, comunidades indígenas de Latinoamérica y en la población migrante de Oceanía, América y Europa, produciendo cada año tres millones de víctimas más –según los últimos datos proporcionados por UNICEF–, con una previsión de que en el año 2030 alcance los cuatro millones y medio¹¹. Por consiguiente, en el año 2015, Naciones Unidas ha emprendido una lucha, englobándola en el objetivo de desarrollo sostenible número cinco –que trata sobre la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas–¹², y desarrollando un programa mundial para su erradicación –dirigido por el Fondo de Población de las Naciones Unidas y UNICEF–.

Las estadísticas muestran que los esfuerzos internacionales están otorgando resultados. Así, en el año 1990, la MGF afectaba al 49% de la población entre 15 y 49 años de los países que la practican, reduciéndose hasta el 34% en el año 2020. A pesar de lo expuesto, la prevalencia en algunos países supera el 90% entre la población adulta –entre 15 y 49 años–¹³, con una incidencia más baja para las niñas –entre los 0 y los 14 años–, a excepción de Mali con un 83%. Por el contrario, en algunos países el alcance de esta práctica se ha reducido significativamente, especialmente entre las jóvenes de 15 a 19 años, véase Liberia –con un descenso casi del 40% de los años

WORLD HEALTH ORGANIZATION. «Eliminating Female Genital Mutilation: An interagency statement, WHO, UNFPA, UNICEF, UNIFEM, OHCHR, UNHCR, UNECA, UNESCO, UNDP, UNAIDS, WHO», *Op. Cit.*, p. 4.

¹¹ EPDATA. «La mutilación genital femenina en el mundo, en datos y gráficos», 2021. Recuperado de: <https://www.epdata.es/datos/mutilacion-genital-femenina-mundo-datos-mapas-graficos/293> (Consultado el 17 de agosto del 2021); EUROAPRESS. «La mutilación genital femenina suma tres millones de víctimas al año», 2019. Recuperado de <https://www.europapress.es/internacional/noticia-mutilacion-genital-femenina-suma-tres-millones-victimas-ano-20190206082036.html> (Consultado el 17 de agosto del 2021); UNICEF. «Female genital mutilation», 2021. Recuperado de https://data.unicef.org/topic/child-protection/female-genital-mutilation/#_ftnref1 (Consultado el 17 de agosto del 2021).

¹² El Objetivo 5.3 versa «eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina». NACIONES UNIDAS. «Objetivos de Desarrollo sostenible». Recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/> (Consultado el 17 de agosto del 2021).

¹³ Véase Somalia, Guinea o Yitubi, como se desarrolló previamente.

ochenta al año 2013, afectando al 31% de este colectivo– o Egipto –con un 97% en el 1984 frente al 70% constatado en el 2015–¹⁴.

Paralelamente, el rechazo de la ablación genital se ha incrementado en las mujeres de los países que la realizan, con una frecuencia de nueve de cada diez para Tanzania, Togo, Irak, Kenia o Gambia, mientras que en Malí, Guinea –en este país se destaca que existen más hombres y niños que se posicionan en contra que mujeres¹⁵– o Somalia es apoyado por más del 50% de su población femenina. En África, 25 países han prohibido la MGF a través de leyes y/o decretos constitucionales, dinámica que también han efectuado otros países de Oriente Medio, pese a que sus resultados son ínfimos¹⁶.

En Europa, el aumento de la inmigración –con el fenómeno globalizador– ha extendido la MGF ídem¹⁷. El Parlamento Europeo estimó que 500.000 mujeres la han padecido y 180.000 están en riesgo para el año 2009, aunque los datos más recientes estiman que 600.000 mujeres y niñas residen en Europa con secuelas físicas y psíquicas permanentes de la MGF practicada¹⁸. Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha destacado que más de 100.000 solicitantes de asilo podrían estar afectadas por MGF en el periodo 2013-2018. No obstante, estos datos no muestran la totalidad de los sucesos. Las estadísticas son escasas y de baja fiabilidad por la falta de criterios comunes para medir su prevalencia, existiendo únicamente estimaciones –como las expuestas– y

¹⁴ EPDATA. «La mutilación genital femenina en el mundo, en datos y gráficos», *Op.Cit.*

¹⁵ UNICEF. «Female genital mutilation/cutting: a global concern», 2016. Recuperado de: https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf (Consultado el 17 de agosto del 2021).

¹⁶ Algunos ejemplos son Sudán, Guinea, Somalia, Yitubi, Egipto, Costa, Tanzania o Senegal. HERMIDA DEL LLANO, C. «La mutilación genital femenina desde una perspectiva integral y multidisciplinar», *Op.Cit.*, pp. 111-112; MANGAS LLOMPART, A. «Una mirada caleidoscópica sobre la mutilación genital femenina en Cataluña. Leyes, protocolos, actuaciones punitivas e intervenciones preventivas. Dos modelos de intervención ante la MGF. A un lado del muro: el Modelo de la Generalitat de Cataluña. Al otro lado del muro: el Modelo Wassu», *Op.Cit.*, pp. 81-83.

¹⁷ Esta práctica es denominada como «el tabú de la Europa feminista». ABC. «Ablación: El tabú de la Europa feminista», 2020. Recuperado de: https://www.abc.es/sociedad/abci-ablacion-tabu-europa-feminista-202012201904_noticia.html (Consultado el 15 de agosto del 2021).

¹⁸ Una víctima que compartió su testimonio expresó «mi madre me levantó una mañana y me dijo que había llegado mi día. Me sujetaron y empecé a gritar». ABC. «Ablación: El tabú de la Europa feminista», *Op.Cit.*

algunos estudios que muestran «la punta de iceberg», como denuncian numerosas ONGS¹⁹.

Las sociedades europeas, cada vez más multiculturales, han señalado a la MGF como un problema que es necesario gestionar. A pesar del respeto de las tradiciones de las culturas y del relativismo cultural, no se pueden justificar este tipo de *praxis*, ya que como argumentó Cornax, estaríamos «tolerando la intolerancia»²⁰. En efecto, las tradiciones culturales deben respetarse siempre y cuando no impliquen actos vejatorios y dañinos contra los componentes de esa cultura, preservando los derechos más básicos, como la dignidad y la integridad física y psíquica de mujeres y niñas²¹.

A propósito de lo descrito, la MGF no sólo fue prohibida de forma unánime por la *Asamblea General de la ONU* en el año 2012 –plasmada en la *Resolución A/RES/67/146*–, sino también es condenada por los países que componen este espacio²² –con algunas excepciones²³–. Además, el *Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia*, así como la *Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025* se han comprometido a erradicar esta práctica a nivel europeo y mundial, y es que la cifra de niñas en riesgo continúa siendo alarmante, con 4,16 millones en el año 2021²⁴.

¹⁹ Por ejemplo, 70.000 mujeres y niñas han sufrido la MGF y 15.000 corren el riesgo de sufrirla de forma inminente en Alemania –según el último estudio publicado en el año 2020. ABC. «Ablación: El tabú de la Europa feminista», *Op.Cit*; MANGAS LLOMPART, A. «Una mirada caleidoscópica sobre la mutilación genital femenina en Cataluña. Leyes, protocolos, actuaciones punitivas e intervenciones preventivas. Dos modelos de intervención ante la MGF. A un lado del muro: el Modelo de la Generalitat de Cataluña. Al otro lado del muro: el Modelo Wassu», *Op.Cit*, p. 62.

²⁰ CORNAX, C. «Derechos Humanos: la mutilación genital femenina. Ablación mediante escisión, infibulación y otros métodos de tortura sexual», *Op.Cit*, p. 175.

²¹ Para un análisis de los derechos humanos a través del multiculturalismo consultar a Rikdu Herkenhoff y a Quiroga Obregón. RIKDU HERKENHOFF, M., y QUIROGA OBREGÓN, M.F. «Direitos humanos e multiculturalismo: uma análise da mutilação genital feminina na perspectiva da dignidade humana» en *Derecho y Cambio Social*, n.º 56, 2019, pp. 66-70.

²² Algunos ejemplos son: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Italia, Irlanda y Suecia. MANGAS LLOMPART, A. «Una mirada caleidoscópica sobre la mutilación genital femenina en Cataluña. Leyes, protocolos, actuaciones punitivas e intervenciones preventivas. Dos modelos de intervención ante la MGF. A un lado del muro: el Modelo de la Generalitat de Cataluña. Al otro lado del muro: el Modelo Wassu», *Op.Cit*, p. 84.

²³ Como Bulgaria, Grecia, Malta y Rumanía. *Ibidem*, p. 84.

²⁴ La pandemia mundial sufrida podría empeorar la cifra de MGF por las interrupciones de los programas de prevención. Es más, se estima que dos millones de casos de MGF podrían haberse evitado en el próximo decenio si el COVID19 no hubiese irrumpido en el mundo, según ha declarado Naciones Unidas. NACIONES UNIDAS. «Acabar con la mutilación genital femenina para 2030», 2021. Recuperado de <https://>

En España, los flujos migratorios internacionales se incrementaron a partir de la época de los noventa, superando en el año 2019 los 5,5 millones de habitantes. Así, en el colectivo de inmigrantes, los africanos representan un 45%. Por ello, es ineludible prestar atención a la MGF dado que en numerosos países del continente africano es una práctica habitual, como bien se ha expresado²⁵.

En cuanto a las mujeres mutiladas que residen en España, no existen datos a nivel nacional –a excepción de algunos registros esporádicos a nivel autonómico–. No obstante, con el fin de prevenir esta problemática y conocer la magnitud del problema, desde el año 2001, la Fundación Wassu de la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB) ha efectuado un estudio geodemográfico estudiando la población migrante originaria de países donde esta tradición es frecuente –cuya actualización se produce cada cuatro años–²⁶. En el año 2016, 250.000 personas provenientes de territorios donde se practica la MGF residían en el territorio nacional, experimentándose un leve descenso respecto del año 2001, aunque si centramos la atención en las mujeres, estas aumentaron un 5,2%²⁷.

Por países, Senegal registra el mayor volumen de población extranjera, seguido de Malí y Gambia, con 70.000, 24.500 y 23.300 respectivamente. Ghana, Guinea y Mauritania también son representativos debido a que superan los 10.000. La franja de edad con mayor frecuencia se sitúa entre los 25 y los 44 años, a pesar de que la población infantil está en incremento. Ahora bien, atendiendo al género, son 69.000 las mujeres y niñas en riesgo de MGF para el año 2016²⁸.

Relacionado con el párrafo anterior, la distribución territorial en España es que casi un tercio de la población de migrantes reside en Cataluña –76.000–, con 21.000 mujeres y alrededor de 6.300 niñas menores de 15 años. Andalucía es la segunda con una cifra que no alcanza la mitad de la primera –36.000– y la Comunidad de Madrid ocupa el tercer puesto

www.un.org/es/observances/female-genital-mutilation-day (Consultado el 17 de agosto del 2021).

²⁵ FUNDACIÓN WASSU-UAB. «La mutilación genital femenina en España», 2020, pp. 31-32. Recuperado de: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2020/pdfs/Estudio_MGF.pdf (Consultado el 15 de julio del 2021).

²⁶ Inicialmente, la realización de la MGF se detectó en las comunidades de inmigrantes africanos en Cataluña, gracias a las estrategias de actuación implementadas en diversos ámbitos. HERMIDA DEL LLANO, M.C. «La mutilación genital femenina en España. Un análisis jurisprudencial» *Op.Cit.*, p. 69.

²⁷ FUNDACIÓN WASSU-UAB. «La mutilación genital femenina en España», *Op.Cit.*, pp. 31-32.

²⁸ *Ibidem*, pp. 32-33.

–26.000–, con 8.000 y 9.000 mujeres respectivamente, y 2.000 y 1.700 niñas menores. Otros territorios como la Comunidad Valenciana, País Vasco –la comunidad con el mayor crecimiento femenino de esta población, alcanzando unas 5.000 mujeres y 1.400 niñas–, Aragón, Canarias o las Islas Baleares superan los 10.000 individuos²⁹.

III. UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN ESPAÑA

En el ámbito penal, dos reformas deben ser destacadas³⁰. La primera de ellas, la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* que añade un apartado al delito de lesiones contemplado en el artículo 149 del Código Penal (CP de aquí en adelante). En este, condena expresamente la realización de la MGF en cualquiera de sus manifestaciones con una pena de prisión de seis a 12 años e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por un periodo temporal de cuatro a 10 años. Por lo tanto, el bien jurídico protegido es la integridad física y moral –en consonancia con el artículo 15 de la Constitución Española (CE) de 1978–, aunque también se destacan la indemnidad sexual, el respeto a la dignidad y la igualdad debido a que es una práctica que afecta a mujeres y niñas.

La segunda reforma, efectuada por la *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la MGF*, desarrolla el apartado «g» en el artículo 23.4 de la LOPJ, que posibilita conocer los casos de MGF siempre que los responsables se encuentren en España. De forma posterior, la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* incluyó que, sin perjuicio de los tratados y convenios

²⁹ FUNDACIÓN WASSU-UAB. «La mutilación genital femenina en España», *Op. Cit.*, pp. 32-33. Recuperado de: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2020/pdfs/Estudio_MGF.pdf (Consultado el 15 de julio del 2021).

³⁰ Para la protección de niñas y mujeres en riesgo de MGF, los jueces también podrán adoptar medidas preventivas según el artículo 148 del Código Civil. Además, la regulación se extiende al ámbito autonómico. Para más información, consultar Hermita del Llano. HERMIDA DEL LLANO, M.C. «La mutilación genital femenina en España. Un análisis jurisprudencial», *Op. Cit.*, pp. 70-71.

internaciones suscritos por España, los tribunales podrán juzgar el delito de MGF –entre otros contemplados en el precepto señalado– cuando se pueda constatar alguno de los siguientes supuestos: (1) el responsable se encuentra en España, (2) la víctima tiene la nacionalidad española o (3) existe algún vínculo relevante con España, si bien, verificando que otro país competente o tribunal internacional no ha iniciado un procedimiento por tales hechos punibles³¹.

Desafortunadamente, la prohibición de estas prácticas no elimina el riesgo a padecerlas, sobre todo, teniendo en cuenta el ámbito privado donde se desarrolla, lo que dificulta la denuncia de los hechos debido a que las afectadas temen el rechazo familiar y social, así como, en ocasiones, sienten un fuerte arraigo con su cultura de origen. La presión social, cultural y económica a la que se ven sometidas han sido otras razones constatadas para llevar a cabo la MGF³². En este sentido, los tribunales españoles han adoptado decisiones heterogéneas atendiendo a los hechos y a las circunstancias que los rodean.

La revisión jurisprudencial efectuada en el CENDOJ otorgó una muestra de 12 sentencias que versaban sobre la MGF³³. El análisis efectuado se presenta en la siguiente tabla:

³¹ En el año 2014, España también ratificó el Convenio de Estambul –Convenio sobre la Prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica– relativo a la justicia universal que hace alusión a la persecución de varios delitos, entre los cuales se encuentra la MGF –artículo 38–. HERMIDA DEL LLANO, C. «La mutilación genital femenina desde una perspectiva integral y multidisciplinar», *Op. Cit.*, pp. 115-116.

³² Uno de los problemas para su erradicación es la posición elevada que posee la mujer que la ejecuta en el país de origen. HERMIDA DEL LLANO, M.C. «La mutilación genital femenina en España. Un análisis jurisprudencial», *Op. Cit.*, pp. 65-67.

³³ La expresión utilizada en el buscador fue «mutilación genital femenina» y se filtró por: (a) jurisdicción, abarcando, únicamente, la penal, y (b) resolución, seleccionando «sentencias y otras», lo que denotó 24 resultados. De forma posterior, se estudiaron las sentencias, seleccionando las que efectivamente versaban sobre un delito de MGF, y descartando las que la citaban por otros motivos.

Tabla n.º I

N.º de resolución	Resumen de los hechos	N.º de escenario ³⁴	Realización de la MGF en España	País de origen de la V ^a	Condena/ Absolución	Aplicación del EPV ³⁵	Recurso interpuesto
SAP de Teruel 26/2011, del 15 de noviembre ³⁶	Extirpación del clítoris	3	Sí	Gambia	Condena: seis años de prisión para el padre y dos años de prisión para la madre.	Sólo en la madre ya que el padre expresó el conocimiento de su prohibición.	Desestimado, STS 835/2012, del 31 de octubre ³⁷
SAN 36/2012, del 24 de julio ³⁸	Amputación genital; ausencia de clítoris y sinequia de labios menores	1	No	Senegal	Absolución: MGF practicada sin conocimiento del acusado.	No	

³⁴ En España cuatro escenarios son posibles: (1) mujeres y niñas que llegan con la MGF practicada; (2) niñas que llegan a España, a través de la reagrupación familiar, con la MGF practicada; (3) niñas nacidas en España a las cuales se les realiza la MGF en España o regresan de sus vacaciones o largas temporadas en su país de origen con la MGF practicada; y por último (4), niñas adoptadas que llegan a España con la MGF practicada. FUNDACIÓN WASSU-UAB. «La mutilación genital femenina en España», *Op. Cit.*, pp. 32-33.

³⁵ Error de prohibición vencible

³⁶ Se destaca por ser la primera sentencia condenatoria. Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2d1199504bd92082/20111119>

³⁷ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/22060d38183a5895/20121214>

³⁸ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f470c58142801b4c/20120810>

N.º de resolución	Resumen de los hechos	N.º de escenario	Realización de la MGF en España	País de origen de la Vª	Condena/ Absolución	Aplicación del EPV	Recurso interpuesto
SAN 9/2013, del 4 de abril ³⁹	Extirpación del clítoris	1	No	Senegal	Condena: dos años de prisión para la madre	Sí	
SAP de Barcelona 42/2013, del 13 de mayo ⁴⁰	Extirpación del clítoris de dos menores	3	Sí	Gambia	Condena: dos años para cada progenitor	No	Desestimado, sts 399/2014, del 8 de mayo ⁴¹
SAN 5/2014, del 24 de febrero ⁴²	Resección del clítoris efectuada por la abuela de las dos menores sin el consentimiento de los progenitores	3	No	Gambia	Absolución de ambos progenitores.	No	

³⁹ También conocida como el caso de «Premia del mar». Recuperada de: [tps://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bb1014f7751e6244/20130411](https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bb1014f7751e6244/20130411)

⁴⁰ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7945a05a34b61af9/20130701>

⁴¹ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c20d15fa7cod6758/20140605>

⁴² Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f953d9f12498d90/20140226>

N.º de resolución	Resumen de los hechos	N.º de escenario	Realización de la MGF en España	País de origen de la Vª	Condena/ Absolución	Aplicación del EJPV	Recurso interpuesto
SAP de Tarragona 47/2018, del 2 de febrero ⁴³	Resección parcial del clitoris, efectuada a los 15 días del nacimiento de la menor	I	No	Gambia	Absolución de ambos progenitores	No	
STS 351/2015, del 26 de mayo ⁴⁴	Solicitud de sobreseimiento por carecer de competencia para juzgar los hechos. Se declara no haber lugar al recurso de casación	-	-	-	-	-	-
SAN 31/2019, del 15 de noviembre ⁴⁵	MGF a dos menores de edad antes de los 15 días de vida	I	No	Gambia	Absolución de la madre	No	

⁴³ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a80c3229cd6ac0b9/20180530>

⁴⁴ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ce7c3d2b8a4dfe65/20200115>

⁴⁵ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4aa2338006ea1a/20190703>

N.º de resolución	Resumen de los hechos	N.º de escenario	Realización de la MGF en España	País de origen de la Vª	Condena/ Absolución	Aplicación del E.P.V	Recurso interpuesto
SAN 44/2019, del 23 de diciembre ⁴⁶	Resección total del clítoris y de los labios menores de la vulva de dos niñas	2	No	Mali	Condena de la madre: seis años de prisión. Voto particular: absolución por no disponer de los medios necesarios para la protección de las menores	No	Estimado: SAN 3/2020, del 27 de febrero ⁴⁷ , se resuelve absolver a la madre.

Elaboración propia con base a la revisión jurisprudencial realizada.

⁴⁶ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d9e7abca62886b44/20200309>

⁴⁷ Recuperada de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/401a1c94074d7d12/20200408>

Las sentencias, publicadas en el periodo temporal 2011-2020, versan sobre ocho casos de delitos de MGF y cuatro recursos interpuestos ante tribunales superiores. La extirpación total del clítoris fue la práctica más realizada, en ocasiones, acompañada de otros procedimientos como la resección o el cosido de los labios de la vulva. Más de la mitad de las menores llegaron a España con una MGF practicada –una de las cinco a través de la reagrupación familiar–, mientras que tres de ellas, a pesar de su nacimiento en España, fueron lesionadas, dos en territorio nacional y una durante su viaje al país de origen. Gambia es el país de procedencia mayoritario, seguido de Senegal y Mali, con una frecuencia de cinco, dos y uno.

En todos los casos, los procesados eran uno o ambos progenitores de las menores. Las condenas se produjeron en cuatro de los casos, y tan sólo en dos de ellos se aplicó el error de prohibición vencible. La condena habitual es de seis años de prisión, es decir, la mínima establece en la ley –en ninguna de las STC se observó una condena mayor–. Por el contrario, para los casos de error de prohibición vencible la pena es dos años de privación de libertad. Por último, tres recursos fueron interpuestos, obteniendo uno de ellos la absolución –este fue precedido por un voto particular de la Audiencia Nacional que defendía su absolución por no disponer de los medios necesarios–, y otro consistió en un recurso de casación, alegando la falta de competencia de los tribunales españoles para enjuiciar los hechos –el cual fue desestimado–.

IV. LA ERRADICACIÓN DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA COMO META

La multiculturalidad acaecida en el último siglo ha traído al territorio europeo y nacional tradiciones que producen un rechazo en nuestras sociedades, como la MGF, por la vulneración de derechos que implican. En este sentido, como se declaró en la Exposición de Motivo de la *LO 3/2005, de 8 de julio* –ya citada anteriormente–: «el hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos». Así, el hecho de que se haya legislado sobre esta materia es un esfuerzo loable que debe ser reconocido a la Unión Europea y diversas agencias de las Naciones Unidas (OMS, ACNUR, UNICEF, etc), aunque los resultados son reducidos, y los retos pendientes considerables.

El Derecho Penal, lejos de ser el único instrumento para combatir la ablación genital, se conforma como la última ratio⁴⁸. Es más, para su erradicación es imprescindible una actuación conjunta de políticas de diversos ámbitos –social, educativo, etc–, sobre todo, atendiendo a que esta práctica, es realizada, habitualmente, en el ámbito privado, y más específicamente, por su propia familia, –véase que son los progenitores los acusados en todas las sentencias analizadas sobre MGF, a pesar de que la mitad de ellos obtuvieron la absolución–⁴⁹. Lo cierto es que esta *praxis* atenta directamente contra la integridad física y la dignidad de la mujer bajo el pretexto de un ritual cultural cuyo fin es ser un instrumento a manos del hombre –debido a que reduce el deseo y placer sexual de la víctima–, con el resultante control de su sexualidad⁵⁰.

La MGF es uno de los desafíos culturales del siglo XXI, y engloba una realidad muy compleja, por ende, es necesario su abordaje desde una perspectiva multidisciplinar, otorgando una respuesta integral. En este punto, la prevención se convierte en una tarea fundamental, especialmente, en las comunidades de inmigrantes, prestando especial atención a los componentes de los países donde la ablación genital se realiza de forma sistemática.

A propósito de lo descrito, España ha desarrollado protocolos a nivel nacional⁵¹ y autonómico⁵², entendidos, en todo caso, como instrumentos de prevención, disuasión e impedimento de la realización de la MGF. También la recolección de datos fiables es una tarea ineludible en este ámbito⁵³ que ha sido realizada, principalmente, por la Fundación Wassu-UAB con el apoyo del gobierno –cómo se expresa en sus informes–.

⁴⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones desde Salamanca*. «Decíamos ayer, decimos hoy, diremos mañana», Universidad de Salamanca, 2018, pp.50-51.

⁴⁹ HERMIDA DEL LLANO, C. «La mutilación genital femenina desde una perspectiva integral y multidisciplinar», *Op. Cit.*, pp.111-112

⁵⁰ Como expresó la SAP de Teruel 26/2011, del 15 de noviembre, p.2. Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2d1199504bd92082/20111119>

⁵¹ El primero fue el *Protocolo Común para la Actuación Sanitaria en relación con la MGF*, englobado en el marco de la *Estrategia Nacional para la Erradicación de la violencia sobre la Mujer 2013-2016*, el cual aborda la MGF desde el ámbito sanitario, realizando una aproximación multilateral y trabajando en la prevención, disuasión y detección del riesgo de esta práctica. También establece una coordinación de la persona mutilada y su familia, abarcando múltiples servicios. HERMIDA DEL LLANO, M.C. «La mutilación genital femenina en España. Un análisis jurisprudencial», *Op. Cit.*, pp.72-74.

⁵² Véase Cataluña, Aragón o Navarra, entre otras. *Ibidem*, pp.72-74.

⁵³ Tal y como expresó el capítulo II de Políticas integradas y recogida de datos del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, así como ha destacado la ciencia criminológica en la prevención del delito.

A pesar de que la MGF se ha mantenido por más de mil años, existen motivos para creer que en el futuro sea erradicada atendiendo a que, cada vez más, los individuos abandonan y rechazan esta práctica, véase la declaración pública de una cifra superior a los 2,8 millones de personas en el Día Internacional de Tolerancia Cero con la MGF del año 2021. Jana Dukureh, activista nombrada embajadora regional de ONU Mujeres para África, expresó «I think we can change cultures, we can change norms in our community»⁵⁴, es decir, «yo creo que podemos cambiar las culturas y las normas de nuestra comunidad», ahora bien, la educación es un elemento necesario, y como declaró Nelson Mandela «Education is the most powerful weapon you can use to change the world», lo que se traduce como «la educación es el arma más poderosa para cambiar el mundo», y también así nos lo enseñó el excelentísimo Prof. Dr. Ignacio Berdugo.

Para concluir, quisiera agradecer todas las lecciones impartidas por el Prof. Dr. Ignacio Berdugo, no sólo por la amplitud de su sabiduría, sino por transmitir con claridad y profundidad sus conocimientos a los que nos iniciamos en esta larga carrera del saber. El desarrollo de una mente crítica, especialmente, para una criminóloga, es imprescindible para identificar las violaciones de derechos que se están produciendo en el mundo, véase la mutilación genital femenina que ha sido abordada, y como aludía el catedrático homenajado en sus clases, es nuestra labor identificarlos. Con este capítulo de libro, sólo pretendo devolver en forma de agradecimiento una pequeña parte de lo que usted me ha brindado en estos años. ¡Ha sido un verdadero placer coincidir!

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones desde Salamanca*. «Decíamos ayer, decimos hoy, diremos mañana», Universidad de Salamanca, 2018.
- CASAJOANA GUERRERO, M., CARAVACA NIETO, M.^a, y MARTÍNEZ MADRIGAL, I. «Una visión global de la mutilación genital femenina» en *Matronas Profesión*, vol. 13, n.º 3-4, 2012.
- CORNAX, C. «Derechos Humanos: la mutilación genital femenina. Ablación mediante escisión, infibulación y otros métodos de tortura sexual» en *Estudios sobre derechos humanos* (Fernández Rodríguez, Prado Rubio y Martínez Peñas, coords), Omnia Mutantur, 2017.
- EPDATA. «La mutilación genital femenina en el mundo, en datos y gráficos», 2021. Recuperado de: <https://www.epdata.es/datos/mutilacion-genital-femenina-mundo-datos-mapas-graficos/293>

⁵⁴ NACIONES UNIDAS. «Acabar con la mutilación genital femenina para 2030», *Op.Cit.*

- FUNDACIÓN WASSU-UAB. «La mutilación genital femenina en España», 2020.
- HERMIDA DEL LLANO, C. «La mutilación genital femenina desde una perspectiva integral y multidisciplinar» en *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas/derechos humanos y empresas* (Fernández Liesa y Díaz Barrado, dirs; Verdiales López, coord.), Copy Red, 2018.
- HERMIDA DEL LLANO, M.C. «La mutilación genital femenina en España. Un análisis jurisprudencial» en *Estudios sobre mujeres y feminismo: Aspectos jurídicos, políticos, filosóficos e históricos* (Escribano Gámir, coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2021.
- MANGAS LLOMPART, A. «Una mirada caleidoscópica sobre la mutilación genital femenina en Cataluña. Leyes, protocolos, actuaciones punitivas e intervenciones preventivas. Dos modelos de intervención ante la MGF. A un lado del muro: el Modelo de la Generalitat de Cataluña. Al otro lado del muro: el Modelo Wassu», tesis doctoral dirigida por Kaplan Marcusán, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017.
- NACIONES UNIDAS. «Objetivos de Desarrollo sostenible». Recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>
- RIKDU HERKENHOFF, M., y QUIROGA OBREGÓN, M.F. «Direitos humanos e multiculturalismo: uma análise da mutilação genital feminina na perspectiva da dignidade humana» en *Derecho y Cambio Social*, n.º 56, 2019.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. «Eliminating Female Genital Mutilation: An interagency statement, WHO, UNFPA, UNICEF, UNIFEM, OHCHR, UNHCR, UNECA, UNESCO, UNDP, UNAIDS, WHO», 2008.

Desórdenes públicos y terrorismo

M.^a del Carmen Gómez Rivero
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Sevilla



I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

TIEMPOS REVUELTOS Y DESÓRDENES PÚBLICOS parecen ser términos necesariamente llamados a encontrarse. No es de extrañar que así sea en tanto que en la generalidad de los casos la situación de desorden está motivada por una actitud de protesta, de descontento y, en última instancia, guiada por una específica finalidad, sea esta la que sea, incluida la llamada de atención ante la realidad de que se trate. Ocurre, sin embargo, que cuando el desorden está inspirado por singulares finalidades que en el Código penal se consideran especialmente graves y concurren determinados requisitos, se plantea la eventual adjetivación como terroristas de los actos de desorden, resultando en ocasiones realmente complejo delimitar en la práctica cuándo sea ese el caso. En realidad, la implicación del terrorismo con las conductas constitutivas de desórdenes y las consiguientes dificultades interpretativas a que da paso encuentran su origen en un complejo proceso de calificación que ha de tener en cuenta, respectivamente, la óptica de los actos que en particular integran un delito de desorden y la contemplación global de la conducta como desórdenes públicos. En efecto, bien pudiera plantearse, en primer lugar, la eventual adjetivación como terroristas conforme al art. 573 CP de los actos individuales que conforman el delito de desórdenes públicos, esto es, la comisión de cualquier delito grave contra la vida, integridad, libertad o cualesquiera otros contemplados en el precepto cuando son realizados en el marco de una conducta de desorden e inspirados por alguna de las finalidades contempladas en el art. 573 CP. En segundo lugar, y

ahora desde la perspectiva ya del conjunto de actos constitutivos de desorden que específicamente interesa a esta contribución, viene en consideración el tipo delictivo que contempla los llamados desórdenes públicos terroristas, a saber, el art. 573 bis 4 CP. Desde la reforma operada por la LO 1/2015, este precepto cualifica como terroristas los desórdenes públicos que se cometan concurriendo un requisito que necesariamente recuerda al que antes de esa misma reforma fue elemento característico de los delitos de terrorismo; a saber, que sean realizados por una organización o grupo terrorista o individualmente, pero amparados en ellos. En cualquiera de estas modalidades, esto es, ya sea actuando en el seno de una organización o grupo terrorista o al margen de esta, pero produciendo como resultado la alteración de la paz pública, la proximidad de los delitos de terrorismo y de desórdenes públicos reclama el trazo de una serie de criterios que permitan delimitar sus respectivos ámbitos de aplicación, en tanto que la severidad del castigo es distinta según la conducta se reconduzca a una u otra calificación.

Esta contribución pretende establecer algunas líneas básicas de delimitación entre las respectivas calificaciones de delitos de desórdenes y de desórdenes públicos terroristas, analizando los parámetros que en la práctica aplican nuestros tribunales de justicia para subsumir en uno u otro tipo delictivo los supuestos que pudieran presentarse dudosos. Con ello pretende ante todo servir de modesto homenaje a un querido y admirado maestro, el Profesor Dr. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, cuya obra y enseñanzas tan profunda huella han dejado no sólo España sino también en Latinoamérica.

II. EL DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS TERRORISTAS: EL ART. 573 BIS 4 CP

Dispone el art. 573 bis 4 CP que «el delito de desórdenes públicos previsto en el art. 557 bis CP, así como los delitos de rebelión y sedición, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente, pero amparados por ellos, será castigado con la pena superior en grado a las previstas para tales delitos». Se trata de una previsión no contenida inicialmente en la Proposición inicial de Ley Orgánica de reforma del Código penal (BOCG de 4 de febrero de 2015), y que fue introducida en la tramitación parlamentaria de la ley en el Congreso. Tal introducción vino de la mano de la modificación que simultáneamente experimentó el art. 573 CP, que inicialmente preveía el delito de desórdenes públicos entre los considerados terroristas cuando concurrían los fines contemplados en

el mismo precepto. En dicho diseño inicial, la agravación de la pena por la consideración como terroristas de los hechos cometidos por una organización o grupo terrorista o a su amparo sólo tenía sentido en relación con los delitos de rebelión y sedición, no así con los de desórdenes públicos. Una vez excluidos estos del art. 573.1 CP, el art. 573 bis 4 CP pasó a comprender como tipo cualificado del delito de desórdenes, los terroristas.

El art. 573 bis 4 CP recupera de forma excepcional la exigencia abandonada desde la reforma de 2015 de que la actuación tenga lugar en el marco de una organización o grupo terrorista para que los hechos puedan adjetivarse como tales, lo que como regla general puede decirse que supone una importante restricción del ámbito típico de este delito terrorista. Tal requisito restrictivo resulta merecedor de una valoración positiva si se tiene en cuenta que la actual configuración de los delitos de desórdenes públicos no requiere la efectiva producción de un resultado lesivo para la vida o salud de las personas, ni siquiera un daño en las cosas, bastando con la constatación de un estado situacional que altere la paz pública que, por lo demás, y a diferencia de lo que se exige para los delitos terroristas conforme a uno de los fines descritos en el art. 573 CP, no requiere adjetivarse como grave.

Ahora bien, la exigencia de que el desorden se cometa en el contexto de una actuación terrorista organizada no es la única restricción que contempla el art. 573 bis 4 CP. Trascendente es también que los desórdenes públicos deban ser cualificados conforme a cualquiera de las circunstancias contempladas en el art. 557 bis CP para ser considerados, en su caso, como terroristas. Cuestión distinta será que una de las cualificaciones contempladas en tal precepto, la relativa a que los hechos se lleven a cabo en el contexto de una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas, esté llamada a concurrir con especial frecuencia en la práctica y, con ello, dé luz verde en un buen número de casos a la aplicación del tipo de desórdenes públicos terroristas¹.

En lo que se refiere al tipo subjetivo del precepto en comentario, debe recordarse que desde la reforma operada por la LO 1/2015, el delito de desórdenes públicos no requiere ningún elemento subjetivo del injusto, como es la finalidad de alterar la paz pública tal como sin embargo se exigía antes de aquella reforma. Ahora bien, pese a lo anterior, lo cierto es que por la vía indirecta de la remisión a lo que se entienda por tales grupos u organizaciones resulta finalmente exigido tal ánimo. Basta con recordar que conforme al art. 571 CP, «a los efectos de este Código se considerarán organizaciones

¹ GÓMEZ RIVERO, *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Valencia, 2019, pp. 149 ss.

o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente». Dicha sección (*De los delitos de terrorismo*), la abre el art. 573 CP que califica como tales los delitos que enuncia siempre que concurren las finalidades que contempla, entre ellas, la de alterar gravemente la paz pública, gravedad de la alteración que debe ser valorada según la jurisprudencia no sólo en términos cuantitativos, sino también en atención a la dimensión cualitativa de desestabilización del orden social, político e institucional. Ilustrativa de la presencia de dichas finalidades a efectos del precepto que nos ocupa es la SAN de 7 de marzo de 2019 cuando recuerda que las finalidades del art. 573 bis 4 CP «van ínsitas» al dato de que «sea cometido por un sujeto activo cualificado (organización o grupo terrorista) o cuando se actúa al amparo de los mismos».

A partir de esta presentación del delito, necesariamente sesgada dada las limitaciones espaciales de esta contribución, las consideraciones que siguen se centran en el requisito típico de que el desorden se cometa por parte de una organización o grupo terrorista o bien a su amparo, en tanto que en la práctica es el elemento típico que a menudo acapara las mayores dificultades interpretativas y cuya solución, en consecuencia, condiciona decisivamente la calificación o no de los desórdenes como terroristas. No es de extrañar que así sea teniendo en cuenta que tal vinculación puede tener lugar conforme a dos vías distintas; a saber, sobre la base de la pertenencia de quienes cometen el delito a un grupo u organización terrorista, o bien por el hecho de tratarse de una actuación individual pero cometida al amparo de un grupo u organización terrorista. Nos ocupamos por separado de las dificultades que plantea la determinación de los presupuestos que reclama la apreciación de uno u otro caso.

1. *La comisión del delito por parte de una organización o grupo terrorista*

La primera de las posibilidades que conforme al art. 573 bis 4 CP permite adjetivar los desórdenes públicos como terroristas se cifra en que «se cometan por una organización o grupo terrorista». Se trata de un concepto normativo cuya concreción requiere acudir a la definición que ofrece el art. 571 CP², que considera como tales «aquellas agrupaciones que, reuniendo

² En el ámbito europeo, la Decisión Marco 2002/475/JA, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI de

las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente». La jurisprudencia ha ido perfilando por vía interpretativa el contenido de esta definición, interesando a los efectos que nos ocupan destacar el consolidado entendimiento de que se trata de un concepto que es ante todo material, puesto que no requiere la previa declaración de la condición de la organización como terrorista por un Tribunal para proceder al castigo de sus miembros³.

Sin ser objeto de esta contribución el estudio de cuáles sean los requisitos para considerar que estamos ante tal caso, resulta obligado recordar la línea jurisprudencial sentada por nuestro Tribunal Supremo, y que sintetiza la Sentencia de 29 de diciembre de 2010 cuando enuncia los siguientes: «a) Como sustrato primario, la existencia de una propia banda armada u organización terrorista, que exige pluralidad de personas, existencia de unos vínculos y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional, en definitiva, actuar con finalidad política, de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden, para la consecución de sus fines, uno de cuyos componentes será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales); b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración,

28 de noviembre, dispone que se entiende por grupo terrorista «toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo», y por organización estructurada, «una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada».

³ Entre otras, STS de 2 de junio de 2020, o el Auto del Juzgado Central de Instrucción de 10 de enero de 2020, dictada en relación con el mantenimiento o no de la prisión preventiva de un miembro de los llamados CDR, en la que se lee: «debemos señalar que la ausencia de una previa organización terrorista así declarada judicialmente no impide que los hechos llevados a cabo por los miembros de la organización puedan tener la consideración de terrorismo».

se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo».

Precisamente el dato de la permanencia de la integración en la organización, así como de la intensidad de la colaboración permite diferenciar lo que realmente se considere como pertenencia a ella de la actuación propia de los meros colaboradores, conducta contemplada en el art. 577 CP, y cuyo rasgo definitorio es que la colaboración se agota en una contribución puntual con el grupo en cuestión⁴.

Ahora bien, el trazo anterior no elimina la dificultad que en la práctica plantea la determinación en el caso concreto de cuándo pueda realmente apreciarse que el delito ha sido cometido por parte de una de estas estructuras, lo que requiere en cada caso constatar que efectivamente se dan los elementos que permiten considerarla como tal. Sirva como ejemplo de la necesidad de tal constatación en cada caso el supuesto relativo a la detención de distintos integrantes de los llamados «Comités de Defensa de la República», en septiembre de 2019 y acusados de crear en su seno un grupo terrorista, los «Equipos de Respuesta Táctica», organización que tendría como finalidad la consecución de la independencia de Cataluña por medios violentos. En la operación («Judas») realizada por la Guardia Civil, se hallaron en poder de los detenidos planos de determinados edificios, así como instrucciones para la fabricación de Goma-2, además de determinadas sustancias con las que en potencia podrían elaborarse explosivos caseros.

Si bien al tiempo de escribir estas líneas la causa judicial continúa abierta y bajo secreto del sumario, resulta de interés la cita del Auto del Juzgado Central de Instrucción de 10 de enero de 2020, que se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 26-09-2019 por el que se acordaba la prisión provisional de alguno de sus integrantes: «Las características de la organización criminal a la que pertenecería el

⁴ Véase entre otras la STS de 22 de mayo de 2009: «La pertenencia impone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o de ejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576», o de 2 de junio de 2015: «la pertenencia, dice la STS 541/2007, de 14 de junio, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia». De forma más reciente merece ser citada la SAN de 7 de marzo de 2019, que recordando una reiterada doctrina del TS afirma que «el integrante en dicha organización aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la acción terrorista, participando de sus discursos y de su actividad».

solicitante de la libertad son conformes con las nuevas modalidades de terrorismo que han aparecido en la escena criminal interestatal y mundial, a las que los legisladores han de hacer frente para evitar sus dañinos efectos». Recuerda el Auto que lo determinante es que la organización reúna «las características que la Ley, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia establecen, siempre conforme a la citada interpretación conforme a la realidad social actual superando modelos hasta ahora sufridos en España basados en la existencia de comandos armados estructurados o jerarquizados bajo la férrea disciplina de una dirección». De ahí que el Auto concluya afirmando que: «Es evidente que la organización del solicitante había llevado a cabo ciertas acciones y lógicamente en la clandestinidad preparaba las más graves, habiendo pasado sin duda de la ideación a la acción conforme a la STS de 17 de julio de 2008»⁵.

2. *Los casos de actuación individual pero realizada al amparo de un grupo u organización terrorista*

El legislador equipara a efectos del art. 573 bis 4 CP la pertenencia a una organización o grupo terrorista y la actuación «al amparo» de dichos grupos, siendo éste un elemento descriptivo de difusa concreción. Para empezar, debe observarse que la fórmula legal empleada para describir este otro tipo de vinculación de los autores con el grupo u organización se distancia de la clásica coletilla previa a la reforma de 2015. Recordemos que, junto a la pertenencia a una organización terrorista, contemplaba la actuación al servicio o la colaboración con la organización o grupo terrorista. Estas dos últimas situaciones apuntaban sin ambages a una relación del sujeto con aquéllas más intensa que la que evoca la simple actuación «a su amparo», hasta el punto de interpretarse como un concepto vinculado al de pertenencia. Así lo daba a entender además la comparación de los arts. 572 y 577 CP. El primero contemplaba la referida cláusula de la actuación al servicio o la colaboración con grupo terrorista junto con la pertenencia a la misma a efectos de determinar la pena correspondiente a los distintos resultados cometidos, siendo el segundo el «negativo» de esa

⁵ Sobre tal carácter se pronunció previamente el Auto del Juzgado Central de Instrucción de 20 de noviembre de 2019, por el que se acordó la prisión provisional del encargado de la guarda y custodia de los equipos de telecomunicaciones que utilizan para mantener comunicaciones seguras durante la realización de sus acciones, consideró a los llamados Equipos de Respuesta Táctica como organización terrorista, siendo su papel el de actuar como brazo ejecutor de los Comités de Defensa de la República, con la finalidad de materializar la República catalana.

situación en lo que a la autoría se refería. Curiosamente, al definir lo que no era el supuesto de hecho del art. 572 CP, el art. 577 CP simplificaba la redacción y se limitaba a enunciar como sujetos activos de los respectivos delitos a «los que sin pertenecer a organización o grupo terrorista»⁶.

Al poner el acento la fórmula actual en la actuación del sujeto «al amparo» de aquellas estructuras organizadas, se plantea de inmediato la dificultad de determinar el grado de vinculación que, en concreto, deben tener aquellos sujetos con la organización o grupo terrorista para que su actuación se equipare a quienes cometen los desórdenes perteneciendo a dichas estructuras organizadas. Un rastreo por la jurisprudencia arroja como resultado que, si algo parece ser constante en ella, es el respeto de dos axiomas. El primero de ellos se refiere a los casos en los que debe descartarse el requisito que nos ocupa por no concurrir un mínimo de vinculación del individuo que actúa con un grupo u organización terrorista; el segundo a la comprensión de un factor –la presencia de los miembros en el momento de la comisión del delito– que, si bien cuando concurre permite entender dicha vinculación, no es condición necesaria para apreciarlo.

En primer lugar, la jurisprudencia ha sido constante al excluir la calificación como terroristas de los desórdenes públicos en el caso en el que los protagonistas de la situación de desorden se limiten tan solo a compartir la ideología de un grupo y organización terrorista, estando precisamente inspirada su actuación por ella. Así lo dejó claramente sentando la Audiencia Nacional en los ya mencionados fallos recaídos en relación con el caso Alsasua. En concreto, la STS 17/2018, de 1 de junio consideró que los hechos objeto de enjuiciamiento no podrían calificarse como desórdenes públicos terroristas, ya que «actuar al amparo de una organización o grupo terrorista es mucho más que compartir determinados fines u objetivos». Recordando a su vez la SAN 38/2012, de 23 mayo, afirmó que: «pretender que siempre que nos encontremos ante una pluralidad de sujetos, que en actuación coordinada, cometan delitos que por su finalidad impliquen un apoyo a los postulados de ETA debemos reputar a los autores integrantes o colaboradores de la organización terrorista supone una extensión desmesurada del concepto de integrante o de colaborador que carece de apoyo legal. Para reputar al sujeto integrante o colaborador con la organización

⁶ En lo que a la jurisprudencia se refiere, aquel grado de vinculación propio de la regulación anterior se evidencia, por ejemplo, en la STS de 26 de julio de 2011, cuando señala que la pertenencia a la organización exigida en el entonces art. 573 CP «junto a los otros dos elementos típicos descriptivos –actuar al servicio o colaborar con tales organizaciones terroristas– configuran una autoría que se encuentra directamente relacionada con tal pertenencia, pues actuar a su servicio o colaborar son actuaciones muy próximas».

terrorista habrá en cada caso de aprobarse esta vinculación, sin que puede inducirse sin otros datos de la mera asistencia a una manifestación de la izquierda abertzale y la participación en los altercados posteriores, por muy graves que éstos sean, pues ello iría en contra de Ja presunción de inocencia»⁷. La calificación de los hechos como desórdenes públicos del art. 557 CP fue confirmada por la Sentencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2019, que resolvió el recurso interpuesto contra la SAN de 1 de junio de 2018, así como por el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de octubre de 2019⁸.

⁷ Con cita también de la SAN 38/2012, véase la SAN 23/2018, de 1 de junio, en relación con los altercados que tuvieron lugar en el Casco Viejo de Pamplona el 11 de marzo de 2017 durante una manifestación promovida en Pamplona por la izquierda radical abertzale y convocada bajo el lema *Errepresioari autodefentsa*. La sentencia fue confirmada por la Sala de Apelación de la AN en sentencia núm. 10/2018, de 8 de octubre.

⁸ Puede verse también la SAN 14/2018, de 4 de junio, que enjuició a unos sujetos que, con motivo del registro del domicilio de un investigado en relación con la organización terrorista «Estado islámico», se apostaron frente al cordón policial montado para garantizar un perímetro de seguridad, increpando a la policía y tratando de congregar a un tumulto de personas que proferían amenazas con consignas yihadistas a la policía. La AN descartó la apreciación de un delito de desórdenes públicos terroristas al considerar que se trataba de simpatizantes del investigado, pero sin que pudiera afirmarse que eran «parte de una organización terrorista o que eran cooperadores de la misma o se hallaban alineados con los acusados», castigando por un delito de desórdenes públicos del art. 557 CP. La condena fue confirmada por la Sala de Apelación de la AN por Sentencia de 7/2018, de 20 de septiembre. Puede verse un comentario a esta sentencia por COLOMER BEA, D., «Comentario a las Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de los Penal, n.º 14/2008, de 4 de junio y Sala de Apelación n.º 7/2018, de 20 de septiembre», en *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 22, 2019, pp. 361 ss., quien exige para apreciar el art. 573 bis, 4 que el sujeto se inserte en la estrategia de actuación diseñada por alguna organización o grupo terrorista, de modo que se produzca el efecto intimidatorio propio de ésta clase de delitos, provocando en la sociedad un temor generalizado a que se repitan hechos similares», p. 370.

Con anterioridad a la reforma de 2015, resulta interesante la cita de la SAN de 6 de febrero de 2012 dictada en relación con la quema de un autobús por individuos radicales afines a los objetivos de ETA en el marco de la llamada lucha callejera o kale borroka: «lo que se ha probado es la afinidad ideológica del recurrente con tales acciones y cometidos violentos, próximos desde luego a los objetivos de ETA, pero sin que se refleje en el «factum» que actúa al servicio de la banda o colaborara directamente con ella, sino en la idea de «contribuir» con su acción colocando los explosivos a la violencia callejera, por lo que el delito es terrorista, pero ha de ser incardinado en el art 577 del Código Penal «. Interesante es también la cita de la SAN de 23 de mayo de 2012: «Pretender que siempre que nos encontremos ante una pluralidad de sujetos, que en actuación coordinada, cometan delitos que por su finalidad impliquen un apoyo a los postulados de ETA debemos reputar a los autores integrantes o colaboradores de la organización terrorista supone una extensión desmesurada del concepto integrante o

El segundo axioma indubitado en la jurisprudencia se cifra en la afirmación de que la apreciación de la vinculación del actor al grupo u organización terrorista en absoluto requiere que sus miembros estén presentes en el momento de la comisión del delito. Resulta de nuevo ilustrativa la cita de la SAN de 1 de junio de 2018, relativa al caso Alsasua, que en el esfuerzo por definir lo que pueda considerarse por actuación «al amparo» del grupo u organización terrorista a efectos de apreciar el art. 573 bis CP, delimita tal concepto frente al significado del mismo término empleado por el art. 557 CP. Considera, en concreto, que en tanto que en este, la actuación individual «debe concurrir siempre con una actuación del grupo coetánea, de tal suerte que en el momento de la comisión del delito se ampara en él», el «amparo» al que se refiere el art. 573 bis CP no exige que el grupo u organización terrorista esté presente en el momento de la comisión del delito, de tal modo que: «el amparo lo puede ser mediante la simple insinuación, aviso o advertencia de que se está actuando, coadyuvando, reivindicando o asumiendo de alguna manera los fines y objetivos de las organizaciones terroristas». En el caso concreto sometido a enjuiciamiento la Audiencia Nacional entendió, según ya vimos, que los hechos no se habían realizado al amparo de la organización terrorista por ausencia de pruebas al respecto.

El trazo de estos dos parámetros dista de significar que desaparezcan las dudas interpretativas en torno a los límites de aplicación de la cláusula en comentario. De hecho, aquéllas se plantean a la hora de delimitar los supuestos subsumibles en ella respecto a otras formas de actuar en interrelación con una organización o grupo terrorista, a saber, la pertenencia a la organización y los actos de colaboración del art. 577 CP.

Cierto es que la búsqueda de un espacio propio de esta modalidad frente a la figura de la pertenencia resulta relativamente fácil, en tanto que nos encontramos ante un concepto subsidiario. Porque si bien es cierto que también los miembros o integrantes de una organización actúan al amparo de una banda o grupo organizado, la actuación que refiere el legislador cuando emplea tal fórmula de modo autónomo pone claramente de relieve que con ella quiere referirse a los sujetos que no se integran en dicha estructura, sino que de una u otra forma colaboran con ella. Es precisamente este rasgo, el tratarse de un acto de colaboración, el que plantea

de colaborador que carece de apoyo legal. Incluso va en contra de la propia previsión del legislador, que para castigar determinados de estos comportamientos ha creado el tipo del art. 577. Para reputar al sujeto integrante o colaborador con la organización terrorista habrá en cada caso de probarse esta vinculación, sin que pueda inducirse sin otros datos de la mera asistencia a una manifestación de la izquierda abertzale y la participación en los altercados posteriores, por muy graves que estos sean».

mayores problemas interpretativos desde el momento en que los actos externos de colaboración con una organización, grupo o elemento terrorista se castigan expresamente en el art. 577 CP.

Pues bien, en el trazo del espacio propio de aplicación de la cláusula en comentario entiendo que habrán de tenerse en cuenta dos parámetros. En primer lugar, para poder identificar una actuación realizada al amparo de la estructura organizada, habrá de constatarse una cierta conexión o existencia de vínculos de algún tipo entre la organización y la actuación del sujeto que obra individualmente, debiendo ser aquéllos de tal intensidad que permitan fundamentar una implicación valorativamente idéntica al desvalor de la pertenencia a la organización o grupo. Para ello creo que debe atenderse ante todo a la relación del hecho cometido con la estructura terrorista. Claro es que las dificultades para apreciar la actuación al amparo de aquél son menores cuando el sujeto realiza un acto que se inserta en el marco de una actuación de la estructura organizada⁹. Más complejos son los casos en los que, como es por lo demás frecuente en la práctica, se plantea el enjuiciamiento de contribuciones individuales que aparecen de forma aislada, espontánea, sin insertarse en el contexto de ninguna acción específicamente emprendida por aquella. En estos casos entiendo que el criterio que permita sostener que se ha cometido un hecho a su amparo pasa por comprobar que lo realizado por el sujeto individual resulta imputable en términos normativos a los dictados o consignas de la organización o grupo en cuestión, esto es, que puede considerarse como expresión del riesgo creado por la dinámica y consignas de la organización. Esto puede suceder, bien porque lo realizado responda a las directrices impartidas de forma genérica –expresa o tácita– por la estructura criminal, o bien porque sea expresión de una instrucción específica. Existiría, por un lado, una directriz genérica cuando el hecho o hechos ejecutados respondan a una consigna expresada genéricamente por parte de la organización en consonancia con su *modus operandi* o los objetivos que persigue, como pudiera ser la estrategia de producir en general daños para así provocar un estado de terror, alarma o desasosiego y, con ello, una alteración grave de

⁹ En mi trabajo previo *Revueltas, multitudes y Derecho penal, op. cit.*, pp. 110 s., ya me pronuncié en el sentido de que para apreciar la situación en comentario habría de constatarse la existencia de una vinculación intensa entre la actuación del sujeto en cuestión y la organización o grupo, apuntando entonces a la exigencia de que se diera, al menos, cierto paralelismo con la hipotética calificación de la conducta como una forma de complicidad en la actuación de la organización o grupo. Tal paralelismo podrá apreciarse precisamente en los casos en que la actuación del individuo surja en el contexto de una previa y específica actuación del grupo, respecto de la que el sujeto colabora.

la paz pública¹⁰. Como apuntábamos ya, la expresión de estas consignas genéricas no requiere una incitación expresa para delinquir, siendo posible que el modo de operar en que se plasma el resultado se pueda reconducir a los postulados de actuación que de forma tácita pero inequívoca marca la organización o grupo terrorista. Se hablaría, por otro lado, de una directriz específica cuando lo ejecutado por los concretos autores representase la materialización de una instrucción, directriz o encargo concreto o específico de la banda u organización. En cualquiera de los casos debe quedar claro que no se trata simplemente de que la actuación pueda estar en consonancia con los ideales que inspiran a la organización o grupo. Aun siendo lo anterior presupuesto básico del juicio que se propone, lo decisivo es que, atendiendo a la plena compatibilidad de la actuación con los postulados de la organización, aquella resulte explicable en términos normativos por las líneas de actuación marcadas desde dichas estructuras y no se trate meramente de una actuación yuxtapuesta a su *modus operandi* por mucho que vaya en la línea de sus ideales; esto es, resultará esencial comprobar que lo realizado «al amparo» de la organización o grupo se

¹⁰ La fórmula propuesta parte en esencia, si bien con matices, de la empleada por la Audiencia Nacional a la hora de definir lo que se entienda por actuar al amparo de la organización o grupo. Recordemos que la ya citada SAN 23/2018, de 1 de junio, consideró que dicha expresión habría de interpretarse en el sentido de que «la organización o grupo terrorista preste algún tipo de apoyo, protección o cobertura material a los autores, respondiendo en todo momento su conducta a las directrices y estrategias definida por la propia organización terrorista». Refleja esta fórmula la necesidad de reconducir lo realizado a los parámetros de la organización, si bien parece conveniente añadir que la cobertura o apoyo en que se traduce debe ser de tal intensidad que permita la atribución normativa del hecho en concreto realizado. Con tal matiz, resulta de interés la precisión que añade la SAN 10/2018, de 8 de octubre, de la Sala de apelación, en relación con los mismos hechos enjuiciados por la SAN de 1 de julio: «rellenaría el tipo la advertencia más o menos expresa de que se actúa de tal modo, «incluso aunque no existiera concierto o directriz expresa, y máxime en caos en los que las organizaciones o grupos terroristas asumen a posteriori actos de simpatizantes con los que no tiene previa ligazón o relación previa, como ocurre por ejemplo en el ámbito del terrorismo yihadista». Se trataría, en definitiva, de los casos en los que lo ejecutado responde a las consignas genéricas expresadas por la organización siempre que puedan interpretarse de tal modo que representa una provocación a realizar acciones del tipo de las cometidas.

Ahora bien, frente a lo sostenido por dicha Sentencia de la Audiencia Nacional, considero que el ámbito típico del precepto reclama una interpretación más estricta que la que proporciona el parámetro del art. 505.2 CP, que en sede de los delitos contra las Instituciones del Estado castiga a los que «amparándose en la existencia de organizaciones o grupos terroristas, injurien, coacciones o amenacen a los miembros de las corporaciones locales». De acuerdo con lo sostenido en el texto, considero que no es suficiente que quien actúan lo haga en «nombre» de la organización si no se dan aquellos requisitos de imputación sobre los que se vienen insistiendo.

corresponde con las consignas de la organización que, como tales, pueden considerarse en sentido amplio como una forma de provocación para delinquir en la forma en que se ha hecho¹¹.

Como sea, se trataría en todo caso de colaboraciones puntuales, externas a la organización, y por ello, ajenas a la nota de estabilidad o permanencia. Ahora bien, a nadie escapa que tal rasgo asemeja entonces la entidad de la contribución propia de quien actúa al amparo de la organización o grupo terrorista a los actos de colaboración propios del art. 577 CP, trasladándose la cuestión entonces al trazo de criterios entre una y otra modalidad. Reconociendo la dificultad de tal tarea en la práctica, entiendo que la diferencia entre uno y otro supuesto la ofrece el segundo de los parámetros barajados más arriba para acotar el ámbito de aplicación de la actuación al amparo de un grupo u organización terrorista. Atendería este segundo criterio al concreto título por el que el resultado fuera imputable a quien actúa. Entiendo, en concreto, que en el art. 577 CP se contempla, en potencia, un acto de participación, cooperación o complicidad con la estructura organizada, y conforme a tal título debe discurrir la imputación de los resultados que, en su caso, lleguen a realizarse con base en aquella colaboración¹². Por el contrario, la actuación al amparo del grupo u orga-

¹¹ Resulta ilustrativo de lo anterior la cuestión que se plantea en relación con las acciones realizadas por el denominado «Tsunami Democratic», que en el momento de escribir estas líneas se encuentra bajo investigación judicial. Recordemos que se trata de una plataforma independentista catalana reaccionaria a la sentencia del procés. Coincidiendo con la publicación de la sentencia el 14 de octubre de 2019, hizo un llamamiento a través de Telegram y Twitter para bloquear el aeropuerto del Prat, en Barcelona, provocando la alteración y cancelación de un importante número de vuelos. Caso de que realmente el Tsunami fuera considerado como una organización terrorista la calificación como terrorista de los desórdenes realizados a su amparo requería comprobar que efectivamente la organización hubiera incitado o reafirmado la decisión de cometer los actos de desorden y que, a su vez, quienes ejecutaron los hechos actuaron siguiendo tales consignas, pudiendo fundamentarse entonces de este modo el correspondiente juicio de imputación. Véase al respecto GÓNZÁLEZ CONLLANTES, T., «El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación (a propósito de las acciones de tsunami democratic)», en RGDP núm. 34, mayo de 2019. Plantea la autora tanto la posible calificación de los hechos como desórdenes públicos terroristas, así como constitutivos de un delito de desorden del art. 557 CP, lo que descarta en tanto que considera que «del llamamiento o convocatoria no puede inferirse una incitación ni un refuerzo a la disposición de los convocados a la realización de actos de violencia física o intimidatoria para terceros».

¹² Cuestión distinta es que caso de constatarse la eficacia del acto de colaboración en el delito efectivamente ejecutado o que, al menos, ha comenzado a ejecutarse, la calificación del colaborador en cuestión deba discurrir de modo preferente conforme a esa participación en fase ejecutiva. De ahí que hablemos en el texto de que en el art. 577 CP se contempla un acto de participación «en potencia». Sobre la naturaleza

nización terrorista remite a un escenario de ejecución de actos que, como tales, son calificados ya como de autoría –terrorista–. Resulta entonces que la realización de actos de violencia en las personas al amparo de un grupo terrorista convierte automáticamente a quienes lo ejecutan en autores del delito de desórdenes públicos terroristas, no en meros colaboradores de la actuación de aquellos. Todo ello sin perjuicio de que tales hechos resulten también imputables a la organización allí donde quede demostrada aquella conexión.

de delito de peligro abstracto y de mera actividad del art. 577 CP, véase GARCÍA ALBERO, R., quien con acierto denuncia la paradoja que puede suponer el castigo de actos de colaboración con elementos terroristas en forma preparatoria en contraste con la impunidad de los actos preparatorios del terrorista individual, *Comentarios al Código penal español, op. cit.*, p. 1799.

Hacia una definición legal de la gran corrupción*

Esther Hava García
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Cádiz



I. INTRODUCCIÓN

LA PRESENCIA A NIVEL GLOBAL de nuevos condicionantes, como la internacionalización política y económica o el desarrollo tecnológico, ha desembocado en las últimas décadas en lo que BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE denomina una «explosión de la corrupción», que ha otorgado al fenómeno (tradicionalmente considerado como un asunto de carácter interno de los diferentes estados) una dimensión internacional de extraordinaria relevancia, caracterizada por los nuevos actores que la protagonizan, la gravedad de sus manifestaciones, y la multiplicación de sus efectos¹. Como consecuencia de ello, se ha ido conformando un consenso generalizado en torno a la necesidad de perseguir a nivel internacional los casos más graves de corrupción, del cual constituye buena prueba el amplio apoyo

* Con esta aportación, que procede en esencia de otros trabajos míos sobre Gran Corrupción, pretendo contribuir, con humildad pero también con muchísimo cariño y admiración, a este *Liber Amicorum* abordando una temática que ha tratado en varias ocasiones el Prof. Ignacio Berdugo, referente ineludible de toda una generación de penalistas que forjamos nuestra vocación y amistad acudiendo año tras año al Congreso de Salamanca.

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal», en SÁEZ CAPEL, J. (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho penal*, Jusbaibes, 2016, pp. 35-36.

alcanzado por la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003 (UNCAC)².

No obstante, el carácter de *soft law* que posee buena parte de las disposiciones de la UNCAC pone en evidencia sus limitaciones a la hora de emprender una lucha real contra los fenómenos más graves de corrupción, y de asegurar que sus autores sean investigados, procesados y condenados en el marco de un proceso penal³. Debido a ello, ciertos movimientos sociales, que lideraron la toma de conciencia global respecto a la corrupción, han redoblando sus esfuerzos para procurar que las convenciones internacionales anticorrupción no se conviertan en normas meramente simbólicas.

Así, la *Estrategia 2015* de *Transparency International* (TI) señalaba como una de sus prioridades estratégicas la de «contribuir a una aplicación más efectiva de leyes y estándares alrededor del mundo y a reducir la impunidad de las prácticas corruptas», incluyendo entre sus principales áreas de enfoque a las propias convenciones sobre la materia, con el fin de «contribuir a una mejor aplicación de ciertas disposiciones internacionales anticorrupción»⁴; en esta misma línea, la *Estrategia 2020* de TI insiste en la necesidad de procurar «una cooperación internacional más intensa para detener la corrupción a gran escala», instando «a organismos internacionales y organizaciones multilaterales relevantes a actuar penalmente contra la actividad delictiva transnacional y llevar a los corruptos ante la justicia»⁵.

Más ambicioso es el enfoque adoptado por la *Global Organization of Parliamentarians Against Corruption* (GOPAC), con el que pretende «alentar a los estados, a las Naciones Unidas y a las instituciones internacionales a reconocer los delitos de gran corrupción como delitos de lesa humanidad» y a «desarrollar mecanismos internacionales adicionales para aprender, judicializar, juzgar y sentenciar a quienes hayan cometido delitos de

² De sus siglas en inglés: *United Nations Convention Against Corruption*. La Convención fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003 en Nueva York (Doc. A/58/422) y abierta a la firma en diciembre de ese mismo año en Mérida (México).

³ Cfr. WEBB, P., «The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?», *Journal of International Economic Law*, 8(1), 2005, pp. 191-229.

⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Estrategia 2015*, [http://www.transparency.org/files/content/ourorganisation/TI_Strategy_2015_ES.pdf].

⁵ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Juntos contra la corrupción. Estrategia 2020* [https://images.transparencycdn.org/images/JuntosContraLaCorrupcion_Estrategia_2020_ES.pdf].

gran corrupción»⁶. Tales declaraciones, si bien de forma implícita, ponen la mirada en el único órgano judicial internacional de carácter permanente que hoy por hoy posee competencia para perseguir, enjuiciar y condenar crímenes internacionales: la Corte Penal Internacional (CPI).

II. CÓMO DEFINIR LA GRAN CORRUPCIÓN

Si se pretende luchar eficazmente contra un fenómeno criminal y evitar la impunidad de sus autores, resulta necesario saber contra qué se lucha. Obviamente los activistas anti-corrupción tienen una idea clara de la realidad a la que se enfrentan, pero de lo que se trata es de trasladar esa realidad a una noción concreta, más cerrada y precisa, que permita al penalista proponer la creación de nuevas normas, o interpretar las que ya existen, de un modo que las dote de eficacia para perseguir la corrupción, sin tener por ello que renunciar al conjunto de principios generales y garantías que están en la base de cualquier sistema punitivo respetuoso con los derechos fundamentales. Y es que la palabra «corrupción» se ha utilizado tradicionalmente «para designar una categoría criminológica, útil para el desarrollo de análisis en este ámbito o en el de la política criminal, pero en ningún caso incorporada al léxico jurídico penal. Lo que, entre otras razones, se debía a la imposibilidad de acotar exactamente su significado»⁷.

Dentro de una perspectiva más ligada a lo jurídico que a lo político o social, las dificultades comienzan desde el mismo instante en que se intenta definir el fenómeno de la Gran Corrupción, razón por la cual probablemente los tratados internacionales sobre la materia han renunciado a acoger dentro de sus respectivos textos un concepto de lo que ha de entenderse, precisamente, por corrupción⁸. En esa tarea, además, posee

⁶ Cfr. GOPAC, Declaración de 27 de noviembre de 2013, surgida en el marco del V Foro de Parlamentarios [http://www.gopacnetwork.org/Docs/Declaration%20for%20Fifth%20Forum%20of%20Parliamentarians_ES.pdf]. Véase también GOPAC, 2014-15 Annual Report [http://gopacnetwork.org/wp-content/uploads/2016/04/AnnualReport2015_Web_EN1.pdf].

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./CERINA, G., «Consideraciones en torno a la tipificación del delito de corrupción privada», en SINTURA VARELA, F. J./RODRÍGUEZ, N. (edits.), *El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Universidad del Rosario 2013, pp. 53-54.

⁸ Cfr. IVORY, R., *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law. The Human Rights of Bad Guys*, Cambridge University Press, 2004, pp. 20-22.

indudable relevancia el objetivo, más o menos ambicioso, que se persiga con la regulación en cuestión.

1. *Elementos caracterizadores de la Gran Corrupción*

TI conjuga el elemento «uso desviado de poder» con el móvil lucrativo en su definición tradicional de corrupción: «abuso de la función pública para la obtención de un beneficio personal». Pero dicha definición resulta excesivamente escueta a la hora de plantear estrategias concretas para los casos más graves. Probablemente por ello, *TI* ofrece otra definición que puede resultar más útil a los efectos de este trabajo, la de «corrupción a gran escala» (o «*Grand Corruption*», en la versión inglesa), que es identificada con «actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común»⁹.

Fácilmente puede comprobarse que la definición de Gran Corrupción que ofrece *TI* no es suficiente para satisfacer todos los requisitos necesarios para proceder a su tipificación penal (entre otras razones, porque resulta excesivamente vaga¹⁰ a la hora de configurar lo que se denomina el tipo de injusto –en lenguaje del sistema de *Civil Law*– o el *actus reus* –conforme al sistema de *Common Law*). Sin embargo, puede servir de punto de referencia para identificar los elementos que caracterizan al fenómeno de la Gran Corrupción, con independencia de la forma delictiva concreta que dicho fenómeno pueda adoptar: cohecho activo o pasivo, malversación, prevaricación, negociaciones prohibidas, etc.

No obstante, teniendo en cuenta algunos de los elementos a los que hace referencia la definición de *TI*, y profundizando un poco más en su exacto significado de cara a identificar los supuestos más graves, pueden deducirse las características esenciales de la Gran Corrupción:

- El *factor económico* probablemente sea uno de los primeros que vienen a la mente cuando se trata de distinguir la Gran Corrupción de las pequeñas o medianas corruptelas. Aunque la Gran Corrupción constituya un negocio de imprecisa aritmética (al igual

⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009: http://www.transparency.org/whatwedo/pub/guia_de_lenguaje_claro_sobre_lucha_contra_la_corrupcion.

¹⁰ También lo es a mi juicio la definición propuesta por *TI* en 2019, durante la 8.ª Conferencia de los Estados Parte en la UNCAC [<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session8/V1911801e.pdf>]

que buena parte del crimen organizado), la experiencia obtenida a través de la investigación de los casos más célebres de corrupción a gran escala permite afirmar sin duda que cada suceso aisladamente considerado mueve asimismo grandes sumas de dinero, y que ese dinero se concreta no sólo en los extraordinarios beneficios que reportan a sus autores, sino también en las enormes pérdidas, en forma de perjuicios económicos directos o externalidades, que sufre la población como consecuencia de este fenómeno¹¹. Sin embargo, sería un error establecer el factor económico como el único criterio relevante a la hora de concretar la gravedad del caso. Las propias diferencias que existen entre las economías de los países pobres y ricos (fácilmente aprehensibles atendiendo, por ejemplo, a sus respectivos PIB) ponen inmediatamente sobre la pista de los inconvenientes que puede provocar establecer una cantidad de dinero específica a partir de la cual considerar el caso como «Gran Corrupción» y, por consiguiente, dotarlo de relevancia jurídico penal a nivel internacional.

- El *factor político* es otro de los rasgos que caracterizan a los casos de Gran Corrupción, en los que suelen participar funcionarios de alto rango, o más ampliamente personajes muy poderosos o influyentes en la gobernanza del país o región afectados (políticos, grandes empresarios). Desde esta perspectiva, los casos más graves de corrupción se caracterizan por ser ejecutados, auspiciados, dirigidos o tolerados por personas con altas cotas de poder, *de facto* o *de iure*, en o sobre el gobierno.
- El *factor sistémico* (que caracteriza a aquellos casos en los que la corrupción se convierte en un elemento más de la dinámica de funcionamiento de un país o territorio) se manifiesta en la Gran Corrupción de forma jerarquizada y establecida, dotando a este fenómeno de contornos en buena parte coincidentes con los del crimen organizado: estructura piramidal jerarquizada, fuerte cohesión interna, división del trabajo, etc.
- Cuando hablamos del *factor social* de la Gran Corrupción hacemos referencia a un daño que se traduce en perjuicios patrimoniales de gran calibre que pueden llegar a afectar a la propia economía del país o región. Unido a lo anterior, los casos más graves de Gran Corrupción (aquellos cuya impunidad debe evitarse a toda costa)

¹¹ Al respecto véase por ejemplo UNODC/WB, *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, Washington, 2007 [<http://sitersources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>].

provocan otras lesiones de bienes jurídicos mucho más relevantes que los patrimoniales (vida, libertad, intimidad, etc.).

- El *factor impunidad* que se percibe en la Gran Corrupción pivota en torno a dos motivos principales: el temor a las represalias de quien ejerce el poder corrupto, o la propia permeabilidad de la organización policial y judicial a la corrupción. En tales supuestos, las instancias públicas encargadas de la investigación y enjuiciamiento penales no pueden, o no quieren, perseguir la corrupción.

La conjunción de los factores anteriores, todos ellos caracterizadores de la Gran Corrupción, permite dar una cierta «traducción» jurídico-penal al fenómeno:

- Sujetos activos del delito serían aquellos funcionarios de alto rango o personas que ejercen grandes cotas de poder, *de facto* o *de iure*, en las esferas de decisión política del país o región afectados (factor político).
- El móvil (o elemento subjetivo adicional al dolo) consistiría en el ánimo de lucro con el que actúan tales individuos, que pretenden con ello obtener, directa o indirectamente, grandes sumas de dinero o mayores cotas de poder que les permitan a su vez acceder a ventajas evaluables (factor económico).
- Una característica esencial de las distintas modalidades de conducta típica (o *actus reus*) radicaría en el abuso de poder y en la naturaleza sistemática de tal abuso de poder (factores político y sistémico).
- Como consecuencia lesiva del delito (desvalor de resultado) debería exigirse un impacto social altamente negativo de dicho abuso, concretado en graves afectaciones a bienes jurídicos personalísimos (factor social).
- El último elemento caracterizador del fenómeno, esto es, la incapacidad o la negativa de las autoridades a investigar, perseguir, juzgar y sancionar este tipo de conductas (factor impunidad), debe quedar fuera de una definición jurídico-penal, por afectar más bien a cuestiones procesales que de Derecho penal sustantivo¹².

¹² En la exclusión de dicho factor de la definición legal de Gran Corrupción radica, probablemente, la mayor diferencia entre la caracterización aquí propuesta y la realizada por TI. Cfr. DURÍ, J., «Definitions of grand corruption», *U4 Helpdesk Answer 2020*, p. 11 [https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/kproducts/Defining-grand-corruption_FINAL.pdf]

2. Retos de la tipificación autónoma

Una definición legal con vocación de universalidad que se construyera exclusivamente sobre los elementos caracterizadores de la Gran Corrupción que se acaban de exponer aún adolecería de importantes lagunas o inconvenientes: algunas de ellas derivan de las dificultades existentes para explicitar en términos de tipicidad (o *actus reus*) las diversas modalidades comisivas que puede adoptar el abuso de poder constitutivo de Gran Corrupción (cohecho, malversación, prevaricación, etc.); otras, de las indeseables consecuencias político-criminales a las que llevaría la concreción de ciertos elementos típicos (como el sujeto activo o el desvalor de resultado) mediante el empleo de criterios demasiado rígidos o utilizando términos jurídicos con significados distintos, cuando no claramente divergentes, en los diferentes sistemas legales existentes (fundamentalmente, *Common Law* y *Civil Law*). Finalmente, debe mencionarse, aunque de forma sucinta, las evidentes dificultades políticas que suscita la tipificación autónoma del crimen de Gran Corrupción.

Ni la UNCAC, ni ningún otro tratado con vocación universal aprobado sobre la materia, define estrictamente lo que es corrupción¹³, a pesar de contener buena parte de ellos preceptos destinados, precisamente, a definir las palabras clave sobre la materia. Lo que en realidad hace la UNCAC es obligar, en algunos casos, o recomendar, en muchos otros, a los Estados parte a tipificar como delito diversas conductas que frecuentemente se relacionan con ella y que son descritas de forma más o menos ambigua o repetitiva a lo largo de su articulado. Tratar de unificar una enorme variedad de formas delictivas (la mayoría ya previstas en las respectivas legislaciones penales nacionales, cada una con sus propias peculiaridades) en la tipificación autónoma de un único crimen perseguible a nivel internacional (cuya redacción debe ser clara, concisa y, sobre todo, consensuada globalmente), no solo constituye una tarea compleja desde el punto de vista estrictamente técnico, sino que también conlleva un importante riesgo: el de obviar en el proceso de elaboración la observancia de ciertas garantías fundamentales que han de regir cualquier sistema punitivo

¹³ En opinión de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./CERINA, G., ello se debe a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre el particular, razón por la cual la Convención sigue un método de carácter inductivo, que fue sugerido ya desde las primeras negociaciones por la delegación colombiana: «si no se podía llegar a un acuerdo sobre una definición suficientemente amplia, la Convención no debería incluir una definición de la corrupción, sino que debería concretar y penalizar actos de corrupción en el capítulo dedicado a la penalización» («Consideraciones en torno a la tipificación del delito de corrupción privada», cit., p. 81).

civilizado (nacional o internacional), como el principio de taxatividad de los tipos penales.

La propia GOPAC puso el dedo en la llaga al reconocer que una definición «rigurosa» del fenómeno debería poder responder a los siguientes interrogantes:

1. ¿Qué categorías de personas podrían verse inculpas en delitos de *gran corrupción*? ¿Funcionarios públicos de alto nivel, empresarios poderosos, cabecillas de grupos de delincuencia organizada, y otros?
2. ¿Cuándo se considera que un funcionario oficial, un empresario o persona de negocios y otras personas son de «alto nivel»?
3. ¿Cuánto dinero ilícito, influencia inapropiada o ventaja inequitativa tendrían que estar en tela de juicio para que un delito alcance el umbral de la *gran corrupción*?
4. ¿Cuánto daño físico o mental, cuán serio ha de ser el efecto sobre la dignidad humana, cuántas personas deben verse perjudicadas para que un delito alcance el umbral de la *gran corrupción*?
5. ¿Cuán graves, generalizadas o sistemáticas deben ser las violaciones de los derechos humanos para que un delito alcance el umbral de la *gran corrupción*?¹⁴.

Piénsese, por ejemplo, en las dificultades que conlleva la exacta plasmación del *factor económico* en una hipotética redacción legal de este delito. Resulta claro que fijar una cuantía concreta a partir de la cual dotar de relevancia jurídico-penal a los casos de gran corrupción provocaría importantes lagunas y desigualdades en su persecución. Por ello, si se pretende avanzar en esta estrategia de concreción, una alternativa más realista a la hora de caracterizar el factor económico debería ponerlo en relación con los grandes parámetros que sirven para medir la economía de un país o territorio, tales como el PIB, la renta per cápita o los propios ingresos medios de los hogares, prescindiendo del establecimiento de una cantidad fija de dinero (por ejemplo, podría afirmarse la existencia de Gran Corrupción cuando el dinero sustraído o desviado sea equivalente o superior a mil veces los ingresos medios de los hogares *del país en el que se hayan producido las consecuencias negativas de las prácticas corruptas*). Con todo, la apreciación del factor económico conllevaría las consabidas dificultades

¹⁴ Cfr. GOPAC, *Juzgando la Gran corrupción como delito internacional*, Documento de debate presentado en el Foro de Parlamentarios celebrado durante la Conferencia de los Estados Parte (CdEP) en la UNCAC en Panamá, en noviembre de 2013.

que son inherentes a la prueba del origen de grandes sumas de dinero; provocaría la atipicidad de aquellos comportamientos respecto de los cuales sólo pudiera demostrarse un enriquecimiento ilícito en una cantidad menor, aun por unos pocos céntimos; favorecería los acuerdos transaccionales marcados por la devolución de dicha cantidad y, en consecuencia, propiciaría la impunidad de quienes «saldaran su respectiva deuda» antes de la activación del proceso¹⁵.

Otra de las dificultades radica en la concreción del *factor político* a través de la configuración del sujeto activo del delito, y ello a pesar de que la UNCAC contiene varias definiciones de lo que ha de entenderse por «funcionario público»¹⁶. Pero dichas definiciones resultan, por lo que respecta a la caracterización de la Gran Corrupción, demasiado amplias por un lado (pues el concepto ofrecido por la UNCAC obliga a incluir dentro de su ámbito de aplicación a cualquier persona *conectada* con el desempeño del servicio público) y demasiado estrictas por otro (al posibilitar la exclusión de ciertos individuos que si bien *de facto* poseen enorme influencia sobre los dirigentes del país o región afectados, no ejercen *de iure* funciones públicas). A tales efectos, parece claro que no sería suficiente, aun en caso de ser esto posible, fijar un determinado rango legal, categoría o nivel de participación en la función pública para evitar la impunidad de ciertos casos graves, so pena de establecer cláusulas excesivamente abstractas y genéricas que, por ello, serían contrarias a la garantía de taxatividad de los tipos penales.

Las propuestas de tipificación del delito de Gran Corrupción pueden caer asimismo en una tentación difícil de eludir: elaborar la definición penal atendiendo exclusivamente a uno de los dos grandes sistemas legales predominantes (*Common Law* y *Civil Law*). Y el resultado no puede satisfacer precisamente por ello: una propuesta *de lege ferenda* redactada a partir de las leyes y jurisprudencia imperantes solo en uno de los dos sistemas difícilmente será compatible con las instituciones, principios y garantías penales de aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos son tributarios del otro sistema. Si la propuesta se inspira no ya en uno de dichos sistemas legales, sino directamente en las figuras legales y

¹⁵ Al respecto, véase <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/11/27/more-settlements-reached-in-foreign-bribery-cases-but-only-3-of-penalties-goes-back-to-affected-countries>.

¹⁶ Art. 2 UNCAC. Cfr. UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Segunda edición revisada, julio de 2012, Sección de Servicios en inglés, Publicaciones y Biblioteca de la Oficina de la ONU en Viena, p. 9 [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf].

resoluciones de un país determinado, la incompreensión y el fracaso parecen altamente probables, pues con ello, aunque no se pretenda, puede parecer que se trata de *imponer* una determinada visión del fenómeno, en lugar de consensuarla¹⁷. Es preciso tener en cuenta la coexistencia de los dos grandes sistemas legales cuando se trata de promover la tipificación de la Gran Corrupción como crimen internacional, pues parece obvio que, al menos en teoría, para proceder a dicha tipificación ha de existir un consenso sólido de los diferentes Estados parte en torno a ella. Es más: buena parte de la argumentación emitida en la práctica por los propios tribunales internacionales (y especialmente por la CPI) va dirigida a limar las asperezas y aparentes contradicciones entre ambos sistemas que pudieran surgir de la interpretación unívoca de los preceptos que aplican, precisamente con el fin de asegurar el apoyo internacional a la labor que desarrollan.

A las dificultades técnicas expuestas hasta el momento hay que añadir, finalmente, otra nada desdeñable, de carácter político, que afecta al propio funcionamiento de los tribunales internacionales y a la creación de los instrumentos normativos que le sirven de base (el largo camino andado hasta la introducción del crimen de agresión en el Estatuto de Roma es un claro ejemplo de ello)¹⁸. Y es que, si no se cuenta con un consenso claro sobre la *manera técnica* y la *necesidad política* de tipificar un determinado hecho, la tarea estará definitivamente abocada al fracaso.

3. *Algunas propuestas de partida*

El hecho de que se afirme que pretender tipificar de una forma autónoma, y con trascendencia internacional, el fenómeno de la Gran Corrupción es una tarea muy probablemente abocada al fracaso no debe interpretarse como una renuncia a toda estrategia en este sentido. Antes al contrario, se trata de poner de manifiesto que dicha tarea ha de emprenderse sin perder de vista las enormes dificultades que suscita, y sin desdeñar el abordaje en paralelo de otras estrategias que, si bien quizá resulten menos directas, pueden procurar resultados más inmediatos en la práctica. En otras palabras: merece la pena detenerse a considerar las posibilidades

¹⁷ Así por ejemplo, en el borrador de definición del delito de Gran Corrupción elaborado en el seno de la *New York City Bar Association*, de junio de 2014, se empleaban abundantes referencias a las leyes y jurisprudencia estadounidenses para la concreción de diversos términos normativos incluidos en la propuesta.

¹⁸ Al respecto, véase por ejemplo HAVA GARCÍA, E., «Gran Corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional», *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n.º 87, 2016, pp. 75 y ss.

que al respecto plantean las instituciones penales internacionales que ya existen y que ya están consolidadas¹⁹.

En este contexto, parece fuera de todas dudas que la institución de referencia ha de ser la Corte Penal Internacional, primer tribunal de esta naturaleza que nació con vocación de permanencia y no sólo para juzgar crímenes cometidos con anterioridad a su establecimiento y en escenarios específicos (lo que permite diferenciarla de otros tribunales penales internacionales *ad hoc*, como el constituido para la ex Yugoslavia o Ruanda). La CPI, además, fue creada como consecuencia de un gran consenso internacional, sus actuaciones se regulan por un acervo normativo consolidado pero al mismo tiempo susceptible de interpretación, y de su funcionamiento se ha derivado una escueta pero detallada jurisprudencia, que ha ido perfilando los contornos de los diferentes elementos típicos que conforman los diferentes crímenes internacionales que caen bajo su competencia.

Por ello, una definición del crimen de Gran Corrupción que se adecúe al estilo empleado en la redacción de los comportamientos típicos incluidos en el Estatuto de Roma presentaría indudables ventajas, entre las que destaca la posibilidad de superar las diferencias existentes entre los sistemas de *Common Law* y *Civil Law* con la ayuda de los instrumentos conceptuales propios que, precisamente con tal finalidad, ha ido elaborando la doctrina y jurisprudencia de la CPI.

A partir de tales coordenadas, un intento de definición de la Gran Corrupción como crimen que en hipótesis podría ser en un futuro incluido dentro del ámbito competencial de la CPI sería el siguiente:

- «1. Constituye “crimen de gran corrupción” los actos de corrupción cometidos por una persona con un alto nivel de poder o gobierno que producen una distorsión de las políticas o funciones centrales de un Estado, beneficiándose a expensas del bien común y resultando en:
- (i) La privación, en todo o en parte, a la población de ese Estado o a un grupo social concreto, de uno o más derechos fundamentales relacionados con la gestión de los asuntos públicos, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos; y
 - (ii) La apropiación, incautación o desvío de fondos o recursos públicos valorados en una cantidad equivalente o superior a 1000 veces el ingreso promedio anual de los hogares de tal Estado.

¹⁹ Cfr. ZAPICO BARBEITO, M., *El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional* [[http://www.defensasociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/17\)_Crimen_de_agresion_y_Corte_Penal_Internacional_Zapico.pdf](http://www.defensasociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/17)_Crimen_de_agresion_y_Corte_Penal_Internacional_Zapico.pdf)].

2. *A los efectos del párrafo 1:*
- (i) *Por “actos de corrupción” se entenderá cualquiera de los siguientes actos cuando se cometa intencionadamente, de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción:*
 - a) *Soborno;*
 - b) *Malversación, apropiación indebida u otras desviaciones de bienes por un funcionario público; o*
 - c) *Tráfico de influencias.*
 - (ii) *Por “persona con un alto nivel de poder o gobierno” se entenderá funcionarios de alto rango o personas que ejercen niveles significativos de influencia, control o autoridad, de facto o de iure, en las esferas de decisión política del país o región afectados.*
 - (iii) *Por “una distorsión de las políticas o funciones centrales de un Estado” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión sistemática de uno o varios actos de corrupción que desvían la gestión de los asuntos y bienes públicos de sus legítimos fines».*

Una definición similar a la anterior presentaría varias ventajas de partida:

- En primer lugar, la determinación de las diferentes conductas típicas se realiza por remisión al instrumento internacional sobre lucha contra la corrupción más consolidado: la UNCAC.
- En segundo lugar, el contenido de injusto se construye a partir de la exigencia de un doble desvalor de resultado: la privación de derechos fundamentales básicos unido a un enriquecimiento ilícito de considerable entidad, que habrá de ser cuantificado en relación con el nivel económico del país afectado.
- En tercer lugar, se configura el factor político presente en todo fenómeno de gran corrupción desde una perspectiva también doble: la descripción del sujeto activo (que parte de la contemplación de la influencia ejercida, *de facto* o *de iure*, en los ámbitos del poder político) y el carácter sistemático que han de poseer los concretos actos calificables como de corrupción.

Generar un consenso básico respecto del contenido de una definición legal de Gran Corrupción permitiría a organizaciones activistas de la sociedad civil, como *Transparencia Internacional* o la *GOPAC*, fortalecer sus estrategias de lucha contra este fenómeno.

Además, y dado que este tipo de corrupción genera un evidente impacto en los derechos fundamentales, particularmente en los sectores más vulnerables de la sociedad, una definición legal posibilitaría el desarrollo de líneas estratégicas conjuntas con organizaciones defensoras de los derechos humanos, con el fin de perseguir a los responsables de este crimen en circuitos considerados no tradicionales para casos de corrupción, como el de Naciones Unidas y las cortes regionales de derechos humanos.

Una definición legal permitiría igualmente explorar acciones paralelas ante la CPI, pues muchos de los casos por crímenes de lesa humanidad que se tramitan ante dicha Corte tienen en su origen un componente determinante de Gran Corrupción. Partiendo de dicha realidad, podría instarse a la Fiscalía de la CPI a asumir los factores caracterizadores de la Gran Corrupción como un criterio de admisibilidad de casos adicional a los ya establecidos, o propugnar que la presencia de dichos factores sea considerada como una circunstancia agravante de la pena a imponer al declarado culpable en un proceso de estas características²⁰.

Finalmente, cuando la coyuntura política lo permita, sería posible incluso que algunos gobiernos democráticos se animen a incorporar esta descripción legal en su sistema penal, como parte de una política criminal destinada a perseguir la corrupción de alto nivel y combatir su impunidad.

²⁰ Al respecto, véase la estrategia planteada en HAVA GARCÍA, E., «Grand Corruption: Strategies for Preventing International Impunity», *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. II, i. 3, 2015, *passim*, donde se propone introducir el análisis de los indicadores de la Gran Corrupción dentro de dos fases claves en el enjuiciamiento de crímenes internacionales llevado a cabo en el seno de la CPI: la fase de investigación y la fase de individualización de la pena.

La protección de los Derechos Humanos en el Código Penal español. Una propuesta de reforma

Hernán Hormazábal Malarée
Catedrático de Derecho Penal



I. INTRODUCCIÓN

EL COMPROMISO DEL PROFESOR Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre con los Derechos Humanos está presente en toda su trayectoria vital y académica. En el plano académico reiteró este compromiso en una ponencia que defendió en Lima en el año 1987. Fue en un momento en que la sociedad española estaba todavía marcada por la ideología y las prácticas autoritarias de una dictadura de más de 40 años, en que la Constitución tenía todavía muy pocos años de vigencia y en que no hacía mucho un grupo de militares habían intentado un golpe de Estado. En aquella ocasión sostuvo con toda claridad que como modelo de futuro sólo tiene sentido una sociedad en que se considere al Estado como instrumento al servicio de las personas y como medio para que los Derechos Humanos tengan vigencia real¹.

Con las líneas que siguen en homenaje al Dr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE quiero hacer una contribución para la vigencia real de los DDHH con una propuesta de modificación del Código Penal español en el que, a mi juicio, la protección penal de los DDHH, de acuerdo con lo que establecen los tratados internacionales, no está bien resuelta.

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Derechos Humanos y Derecho penal», en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XI. Cursos y Congresos n.º 51, 1998, Servicio de Publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 28-60

II. EL IMPACTO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando España ratificó los tratados internacionales de Derechos Humanos, en especial el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pactos de Nueva York de 1966 en adelante) y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo en adelante), se obligó ante el mundo a respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos (DDHH en adelante)². La doctrina ha entendido que en las obligaciones de respetar, proteger y garantizar está implícita la obligación de sus tribunales internos de investigar y enjuiciar a los responsables de las violaciones de DDHH que hayan sido definidas como delito³.

Esta obligación implícita de los tribunales internos se hizo explícita a partir del momento en que España ratificó en el año 2002 el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER en adelante). Así se desprende del artículo 1 en relación con el artículo 5 ER que dan prioridad a la jurisdicción de los tribunales nacionales de los Estados parte sobre la de la Corte Penal Internacional (CPI en adelante) para perseguir las responsabilidades personales por la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Entre esos crímenes internacionales que son valorados por el ER como los más graves se incluyen los de genocidio y de lesa humanidad⁴. Estos crímenes se califican como crímenes contra los DDHH

² BUERGENTHAL, T/THÜRER, D. *Menschenrechte. Ideale, Instrumente, Institutionen, Dike/Nomos*, 2010, Zürich/Baden-Baden p. 29. Para estos autores los dos Pactos de 1966 y la Declaración Universal de 1948, constituyen el núcleo del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, (Fondo) Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 176: «...si el aparato del Estado actúa de modo que la tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción». También, Resolución n.º 1/03 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos; GUTIERREZ RAMÍREZ, L. M. (2014). «La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional» en *Estudios Socio-Jurídicos*, 16(2), pp. 23-60.

⁴ Al finalizar la II Guerra Mundial se enfrentaron respecto de la protección del individuo dos posiciones diferentes en algunos aspectos y coincidentes en otros. La de Rafael Lemkin que opinaba que al individuo se le debía proteger en cuanto a su pertenencia a un grupo y que los jerarcas de las potencias derrotadas debían responder

porque las diversas conductas punibles que en ellos se integran constituyen transgresiones de normas internacionales de protección y garantía de DDHH realizadas por un agente del Estado por una razón de Estado⁵.

Los crímenes de genocidio y lesa humanidad se incorporaron al Código Penal español con la reforma del año 2015⁶. Están previstos en los artículos 607 y 607 bis respectivamente⁷. Esta fue una condición necesaria para que los tribunales españoles, llegado el caso, pudieran asumir su competencia prioritaria sobre la de la CPI.

A continuación, me referiré, en primer lugar, a la competencia de la CPI y sus límites y en segundo lugar a los delitos de genocidio y de lesa humanidad en el ER y su recepción en el Código Penal español.

1. Los límites de la competencia de la Corte Penal Internacional para investigar y enjuiciar a los responsables de crímenes contra los Derechos Humanos.

La competencia de la CPI tiene dos limitaciones. La primera limitación es la ya mencionada decisión del ER de declarar la jurisdicción de la

por un crimen que etiquetó con el neologismo «genocidio» y la de Hersch Lauterpacht que sostenía que debía protegerse en tanto que integra la población civil y debían responder por crímenes contra la humanidad. Sobre la polémica genocidio-crimen contra la humanidad SANDS, Ph. Calle Este-Oeste (trad. Ramos Mena), 2017, Anagrama, Barcelona pp. 19, 94, 159, 165, 252, 263, 389, 415, 500. Ver también de PRADA, P. E. «Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio» pp. 191-230; de PRADA, J.R «Introducción. Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio, p. 29 y OLLÉ SESÉ, M. «¿Qué significa intentar destruir una «parte» de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a través del ataque a la dirigencia del grupo» en Olasolo y de Prada (Coordinadores): *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio* Tirant lo Blanch, 2019, Valencia.

⁵ La doctrina de los DDHH mantiene, con razón, que dentro del concepto de agente del Estado se debe incluir a los que actúan con la tolerancia del Estado o en interés de un grupo de poder homologable al Estado en aquellos lugares en que no ha llegado o simplemente no hay Estado. En la actualidad los agentes estatales dejan paso, como actores de estos crímenes internacionales, a agentes no estatales o grupos u organizaciones paraestatales.

⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁷ El genocidio ya estaba en el CP por la adhesión de España en 1968 a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En el Código Penal de entonces estaba regulado, sin el rigor con que lo está hoy en el código actual, en el artículo 137 bis. En lo que respecta al delito de lesa humanidad debe tenerse presente que fue uno de los que se atribuyeron en la postguerra a los jefes nazis ante el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, además de los crímenes contra la paz y de guerra. En los llamados Principios de Nüremberg, un documento elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1950 al que se le reconoce el valor de derecho consuetudinario, los delitos contra la humanidad se contemplan en el Principio VI c).

CPI subsidiaria de la de las jurisdicciones nacionales⁸. Con esta decisión el ER se hizo cargo del importante problema que planteaba la inexistencia de un tribunal permanente con jurisdicción universal que tuviera competencia para investigar y enjuiciar a los responsables de los crímenes internacionales⁹.

La segunda limitación, como la anterior, se constata también en los ya mencionados artículos 1 y 5 ER. La competencia de la CPI no sólo es subsidiaria, sino que también está limitada *ratione materiae*. Su competencia está reducida al conocimiento de los crímenes internacionales *más graves*. En lo que respecta a la protección penal de los DDHH, según la valoración que hace el propio ER, los crímenes más graves son los mencionados de genocidio y lesa humanidad¹⁰. Esta limitación a los más graves pone de manifiesto que hay otros crímenes internacionales graves contra los DDHH entre los cuales destacan comparativamente por ser los más graves, los de genocidio y de lesa humanidad. Estos otros crímenes, sin embargo, no están identificados en el ER.

La limitación de la competencia de la CPI a los crímenes más graves contra los DDHH, genocidio y lesa humanidad, no debe extenderse a la de los tribunales nacionales de los Estados parte. Serán los tribunales nacionales de los Estados parte de los tratados internacionales de protección y garantía de los DDHH los que tendrán que investigar y enjuiciar todos los

⁸ En la versión en inglés del Tratado de Roma se dice en el artículo 1 textualmente que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional «shall be complementary to national criminal jurisdiction». A mi entender tiene más sentido traducir «complementary» en el contexto en que es utilizado el término en el ER como «subsidiaria». La competencia a nuestro entender subsidiaria de la CPI sólo se activa excepcionalmente en el caso de que los tribunales domésticos no tengan la voluntad política de actuar o no puedan hacerlo por las condiciones políticas internas. Así se desprende del tenor literal del artículo 17 1 a) ER cuando dice que teniendo en cuenta el carácter «complementario» de la competencia de la Corte declarará la inadmisibilidad de un asunto «cuando sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo» (cursivas nuestras).

⁹ WERLE G./JESSBERGER F., pp. 42 ss. y 57 ss. Se cuestionaba la imparcialidad objetiva de los tribunales internacionales especiales que se habían constituido *ex post facto* para juzgar los crímenes cometidos con ocasión de algunos de los grandes conflictos bélicos del siglo XX. Primero, la de los tribunales de Núremberg y Tokio para los crímenes de la II Guerra Mundial y más tarde la de los tribunales *ad-hoc* establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para los crímenes cometidos en la llamada Guerra de los Balcanes en la antigua Yugoslavia y en la guerra civil en Ruanda

¹⁰ Los otros crímenes internacionales más graves son los de guerra y el de agresión. Los primeros son transgresiones de las normas de los Convenidos de Ginebra y sus Protocolos. El segundo se define como actos que constituyen amenazas o quebrantamiento de la paz en armonía con el Capítulo VII la Carta de las Naciones Unidas.

graves crímenes contra los DDHH y no sólo los de genocidio y de lesa humanidad. Como se ha dicho anteriormente esta obligación está implícita en su deber de respetar, proteger y garantizar los DDHH (supra II.).

La competencia prioritaria de las jurisdicciones nacionales de los Estados parte del ER debe incluir estos otros graves crímenes que si bien no están expresamente identificados son identificables con la información que nos da el propio ER (infra IV).

2. Los crímenes de genocidio y de lesa humanidad en el ER y su recepción en el Código Penal español.

Como señalan WERLE G./JESSBERGER F., estos crímenes comparten la circunstancia de que se cometen en un *contexto de violencia organizada* y afectan a un Derecho Humano fundamental¹¹. Esta violencia organizada en tanto que los hechos constituyen violaciones de DDHH no puede serlo sino por el Estado o por un grupo de poder con la tolerancia del Estado o por un grupo de poder homologable al Estado en aquellos lugares en que no hay Estado y ejecutada por agentes de esos poderes¹².

De acuerdo con WERLE G./JESSBERGER F. este elemento contextual común de violencia organizada en el genocidio se infiere del elemento subjetivo del tipo de intención trascendente que acompaña al dolo del autor de ejecutar las acciones genocidas con «la intención de destruir total o parcialmente» un grupo. En el crimen de lesa humanidad se infiere de la exigencia objetiva de que las acciones de ataque a la población civil sean generalizadas o sistemáticas.

El legislador español no se limitó a copiar miméticamente los artículos 6 y 7 ER en los artículos 607 y 607 bis del Código Penal. En el proceso de incorporación del delito de lesa humanidad se diría que quiso unificar en un solo tipo penal los crímenes más graves contra los Derechos Humanos. De este modo, sin perjuicio de tipificar también el genocidio, optó por ampliar el ámbito de aplicación del tipo de lesa humanidad para

¹¹ WERLE G./JESSBERGER F, p. 303 ss. Para estos autores el elemento contextual de violencia organizada que es constatable también en los crímenes de guerra y de agresión, es el que internacionaliza estos delitos. Coincidió en la existencia del elemento contextual pero no en el hecho de que sea el factor de internacionalización. A mi juicio lo que los internacionaliza, por lo menos en los crímenes de genocidio y lesa humanidad, es el hecho de que son transgresiones de normas internacionales de protección de DDHH.

¹² Requeriría una mayor atención el artículo 607 bis 1. 2.º CP. En el se dice que se considerará delito de lesa humanidad la comisión de los hechos punibles «2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen». Hay referencia clara a un poder diferente al Estado en un contexto de violencia que viola DDHH.

que pudiera abarcar también supuestos en que el sujeto pasivo perteneciera a un grupo minoritario. Lo hizo señalando que el sujeto pasivo del delito de lesa humanidad no sólo puede ser, como lo señala el artículo 7 ER, la población civil, sino también también alternativamente «una parte de ella». A continuación, el legislador español después de dejar sentado que los destinatarios de los hechos punibles podían ser la población civil o una parte de ella, señaló en el artículo 607 bis del Código Penal que en todo caso se considerará que habrá delito de lesa humanidad cuando los hechos punibles se realicen *por razón* de pertenecer objetivamente la víctima a «un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional»¹³.

Como puede apreciarse, el Código Penal español, en lo que respecta a la protección penal de los DDHH, está armonizado con el ER. Ha incorporado a su Parte Especial los crímenes internacionales más graves contra los DDHH, los de genocidio y de lesa humanidad. No están en el Código Penal español, sin embargo, los otros crímenes graves, entre los cuales destacaron como los más graves los de genocidio y de lesa humanidad.

La ausencia de estos otros graves crímenes a los que el ER tácitamente se refiere cuando valora en términos comparativos los crímenes de genocidio y de lesa humanidad como los más graves, permite sostener que el Código Penal español, si bien está armonizado con el ER, por el contrario, no lo está con los tratados internacionales de protección y garantía de los DDHH. Los tratados internacionales de DDHH, los Pactos de Nueva York de 1966 y especialmente el Convenio Europeo, obligan a España a proteger y garantizar los DDHH. Es parte de esa obligación de garantía, según se ha expuesto antes, perseguir la responsabilidad penal de los autores de una transgresión de una norma de DDHH si ésta es constitutiva de delito. Esta obligación se extiende a todos los delitos graves, no sólo a los más graves (supra II. y II.1).

Por eso, se puede sostener que en España el sistema penal de protección de los DDHH está armonizado con el ER, pero no con los tratados

¹³ En el supuesto de un conflicto de leyes penales, conforme al código penal español el genocidio sería norma especial respecto del delito de lesa humanidad y el conflicto tendría que resolverse de acuerdo con la regla del principio de especialidad del artículo 8 1.ª CP y subsidiariamente a favor del delito de lesa humanidad conforme a la regla del principio de consunción del artículo 8 3.ª CP. Da la impresión de que se quiso fundir en un precepto ambos crímenes. El problema de prueba del elemento subjetivo subsiste toda vez que hay que acreditar el que autor actuó *por razón* de pertenecer la víctima a un grupo minoritario.

internacionales de DDHH. Lo estaría si para habilitar la competencia de sus tribunales nacionales no sólo hubiera tipificado los más graves delitos de genocidio y lesa humanidad, sino también todos los graves delitos que el ER tuvo a la vista para calificarlos como los más graves.

Podemos anticipar que los hechos que constituyen estos otros graves delitos contra los DDHH, por regla general, son punibles, pero no identificados como crímenes contra los DDHH. Esto impide que el delito se visualice socialmente como crimen contra los DDHH y que al agente del Estado autor del crimen se le identifique socialmente como autor de un crimen contra los DDHH¹⁴.

En las líneas que siguen propondremos y defenderemos una reforma del Código Penal español. Entendemos que un cumplimiento cabal de la obligación internacional de proteger y garantizar penalmente los DDHH debe empezar con una sistematización de los delitos que constituyen transgresiones de las normas internacionales que los reconocen y protegen en un nuevo capítulo del Libro II del Código Penal español. En este nuevo capítulo deberán contemplarse no sólo los crímenes de genocidio y lesa humanidad, sino también todos los graves crímenes que el ER tuvo a la vista para destacarlos en el Preámbulo y en el artículo 1 ER como los «más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto».

Es una reforma que estimamos necesaria a efectos comunicativos. La sociedad civil debe tomar conciencia de que los DDHH están plasmados en normas que vinculan jurídicamente al Estado democrático de Derecho en sus relaciones con las personas hasta el extremo, si una determinada transgresión de una de esas normas ha sido definida como delito, de obligarlo a perseguir la responsabilidad penal de sus autores.

La identificación de estos otros graves crímenes contra los DDHH, entre las cuales el genocidio y el crimen de lesa humanidad destacan por ser los más graves, requiere que previamente nos detengamos en su fundamento antinormativo, que se examinen los hechos punibles del crimen de lesa humanidad y que se individualice el plus de antijuridicidad que ha

¹⁴ Por ejemplo, en el año 2012 el gobierno indultó a cuatro miembros del cuerpo de Mossos d'Esquadra, la policía autonómica de Cataluña, que habían sido condenados por la Audiencia de Barcelona por torturas. Lo hizo en dos oportunidades. En una primera rebajando la pena a dos años de prisión para evitar que entraran en un centro penitenciario. Como la Audiencia persistió en el ingreso en prisión, los indultó por segunda vez y conmutó la pena de prisión por una multa. Ni jurídica ni socialmente los hechos que dieron lugar a la condena fueron visualizados como violaciones de DDHH. Los medios de comunicación, incluso los que fueron críticos con la medida de gracia, no informaron sobre el caso como un crimen contra los DDHH sino simplemente como un delito común.

justificado que se califiquen estos hechos entre los crímenes más graves de trascendencia internacional.

III. EL FUNDAMENTO ANTINORMATIVO DE LOS CRÍMENES CONTRA LOS DDHH

Las normas jurídicas de reconocimiento, protección y garantía de los Derechos Humanos que se contienen en los tratados internacionales, son *instrucciones* que los agentes del Estado deben observar en sus relaciones con las personas. De acuerdo con estas instrucciones el agente del Estado para resolver un conflicto con una persona puede plantearse cualquier solución mientras sea compatible con la norma¹⁵. No puede, por ejemplo, recurrir a la tortura para obtener una confesión o privar a una persona arbitrariamente de libertad más allá de los límites establecidos por la ley por estimarlo necesario para la investigación de un delito.

El proceso de construcción de un crimen contra los DDHH debe partir de la constatación de la incompatibilidad de un hecho con una de esas normas de reconocimiento, protección y garantía de un Derecho Humano. No de cualquier Derecho Humano, sino de un Derecho Humano fundamental como el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a la libertad ambulatoria y a la dignidad humana¹⁶. En los tipos penales se plasmarán comportamientos incompatibles con normas de protección y garantía de DDHH fundamentales¹⁷.

Cuando en el ER se calificó al crimen de genocidio y al de lesa humanidad o mejor dicho a cada uno de los hechos punibles que están englobados en ellos, entre los crímenes más graves de trascendencia internacional se

¹⁵ BUSTOS J./HORMAZÁBAL H. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Trotta, 2004, Madrid pp. 41 ss. La doctrina clásica de las normas las calificaría como imperativos. Entendemos que, en una relación de conflicto social de alta intensidad, que es donde precisamente se pone en un primer plano la norma prohibitiva o de mandato, su función es *instruir* a la persona en el sentido que para solucionar el conflicto tiene una amplia gama de opciones y *advertirle* o *prevenirle* que la alternativa que señala la norma acarreará una pena. No nos parece aceptable definir una norma como un imperativo, reducirla a una cuestión de obediencia o desobediencia.

¹⁶ WERLE G./JESSBERGER F. p. 118.

¹⁷ La decisión político criminal de proteger penalmente un Derecho Humano no está reducida a la simple constatación de la incompatibilidad con la norma de protección. No es suficiente con esta constatación, sería puro normativismo. Juegan en la decisión todos los límites al *jus puniendi* propios del Estado democrático de Derecho. Está, por ejemplo, la consideración del Derecho Humano concreto protegido por el tratado internacional en su dimensión de bien jurídico protegido específicamente por la norma penal, esto es, de síntesis de una relación social concreta de carácter normativo. Ver BUSTOS, J./HORMAZÁBAL, H. Lecciones de Derecho Penal, ob. cit. Nota 15, pp. 71 ss.

tuvo en cuenta la naturaleza de fundamental del Derecho Humano afectado y también la potencia lesiva del bien jurídico de la acción transgresora de la norma¹⁸. Basta simplemente con relacionar cada uno de los hechos punibles que se agrupan en el delito de lesa humanidad con el respectivo Derecho Humano para comprobarlo. Nadie podrá discutir que la acción de matar a una persona contemplada en el artículo 607 bis 2.º 1.º del Código Penal como delito de lesa humanidad puesta en relación con el Derecho Humano a la vida protegido en el artículo 2 del Convenio Europeo constituye una grave violación de este Derecho Humano.

De esta manera, se puede sostener que la valoración como grave de una transgresión de una norma que protege y garantiza un Derecho Humano y la valoración como grave del delito que castiga esa transgresión contra los DDHH se comunican. Las graves violaciones serán graves crímenes, las más graves violaciones serán los más graves crímenes.

El carácter de fundamental del Derecho Humano concreto transgredido, así como la fuerza lesiva de la acción transgresora de la norma de protección y garantía de ese Derecho Humano determina de forma directamente proporcional la valoración de la gravedad del delito. El delito será más grave si la transgresión de la norma de protección del Derecho Humano fundamental es más grave.

IV. LOS GRAVES HECHOS PUNIBLES EN EL DELITO DE LESA HUMANIDAD

El crimen de lesa humanidad constituye el crimen contra los DDHH por antonomasia. Se podría decir, de acuerdo con el Código Penal español, que las acciones genocidas se pueden calificar como crímenes de lesa humanidad contra una parte de la población civil con la intención de destruirla total o parcialmente. Entre el crimen de lesa humanidad y el genocidio hay una relación de género a especie, el crimen de lesa humanidad consume al de genocidio (supra II.2.).

Todos y cada uno de los hechos punibles que se contienen en el crimen de lesa humanidad constituyen graves violaciones generalizadas o sistemáticas de DDHH fundamentales. Estos hechos se individualizan en el artículo 7 ER y en el artículo 607 bis del Código Penal español. Algunos de estos hechos son asesinato, violaciones, agresiones sexuales, lesiones, traslado forzoso de personas, desaparición forzada de personas, torturas

¹⁸ El fundamento del injusto no se reduce a la afeción a la norma. En la base del injusto está el bien jurídico. BUSTOS J./HORMAZÁBAL H. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Trotta, 2004, Madrid, *passim*.

realizadas por un agente del Estado o con la tolerancia del Estado contra la población civil. Son, sin lugar a duda, graves violaciones de DDHH. Los DDHH afectados están dentro de la categoría de fundamentales y las acciones transgresoras tienen alta potencia lesiva para los bienes jurídicos protegidos.

En el delito de lesa humanidad, como se exponía anteriormente, se exige que estas graves violaciones de DDHH sean generalizadas o sistemáticas contra la población civil. De esta exigencia WERLE G./JESSBERGER F. infieren que los hechos punibles deben realizarse en un contexto de violencia organizada por el Estado (supra II.2). Son acciones propias de períodos de anormalidad democrática que desarrollan una política de un Estado autoritario. Son actos de terrorismo de Estado de un determinado grupo para mantenerse en el poder.

En estas condiciones no resulta aventurado conjeturar que, mientras dure esa situación de anormalidad democrática, difícilmente podrán intervenir, si llegan a hacerlo, las jurisdicciones nacionales con las debidas garantías. La regla general será que en los casos de crímenes de lesa humanidad (también de genocidio) se active la competencia complementaria de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional¹⁹.

Todos y cada uno de estos comportamientos realizados por un agente del Estado por una razón de Estado fuera del contexto de un ataque generalizado o sistemático, es decir, puntuales, por regla general son punibles en el CP español, pero no se visualizan ni valoran como violaciones de normas de DDHH²⁰. Así como los crímenes de lesa humanidad son violaciones generalizadas o sistemáticas de DDHH propias de gobiernos no democráticos, las violaciones puntuales de DDHH pueden ocurrir en períodos de normalidad democrática. Estas últimas, aunque sean puntuales sin duda son graves violaciones de DDHH.

Sin embargo, los mismos comportamientos cuando son realizados en las condiciones previstas en el delito de lesa humanidad del artículo 607 bis CP comparativamente son aún más graves. Hay una circunstancia que hace que las mismas graves transgresiones a la misma norma de reconocimiento, protección y garantía de un Derecho Humano determinado pase a calificarse como un crimen de lesa humanidad, uno de los más graves crímenes internacionales. Ese *plus de antijuridicidad* es notorio.

¹⁹ Ver nota 8.

²⁰ Ver nota 14.

V. EL PLUS DE ANTIJURIDICIDAD EN LOS HECHOS PUNIBLES ENGLOBALADOS EN EL DELITO DE LESA HUMANIDAD

El plus de antijuridicidad que permite valorar cada hecho punible del delito de lesa humanidad como un crimen internacional más grave entre los graves reside en el ya mencionado contexto de violencia organizada por el Estado que, de acuerdo con WERLE G./JESSBERGER F., constituye un elemento común de los delitos de genocidio y de lesa humanidad (supra II.2).

Esto se puede expresar gráficamente con el hecho punible asesinato contemplado en el artículo 607 bis CP como delito de lesa humanidad. El delito base asesinato si lo comete un particular no es una violación de un Derecho Humano pues no tiene capacidad de transgredir normas de DDHH. Sí lo será si lo comete un agente del Estado por razón de Estado. Será una grave violación de una norma de protección y garantía de un Derecho Humano. Se puede calificar este hecho, sin lugar a duda, atendido el carácter fundamental del Derecho Humano violado, así como por la gravedad extrema de la violación, como una grave violación de un Derecho Humano y por ende también como un grave delito contra los DDHH.

Si el hecho del agente del Estado, el asesinato, ya no es puntual, sino que el agente del Estado lo realiza en un contexto de violencia organizada por el Estado, sin duda se está ante una transgresión de una norma de protección de un Derecho Humano más grave que la anterior, es decir, ante un delito de lesa humanidad. El agente del Estado habrá cometido el crimen favorecido por la impunidad que le garantiza el propio Estado al estar realizando una política de Estado.

VI. LAS GRAVES Y LAS MÁS GRAVES VIOLACIONES DE DDHH

A partir de lo explicado anteriormente resulta relativamente fácil identificar las graves violaciones de DDHH, entre las que destacan como las más graves los hechos punibles del crimen de lesa humanidad. Se trata de los mismos comportamientos del crimen de lesa humanidad como asesinatos, agresiones sexuales, lesiones, desaparición forzada de personas, privaciones arbitrarias de libertad, forzamiento al ejercicio de la prostitución o sometimiento a la esclavitud, pero que en lugar de ser generalizados o sistemáticos son puntuales. El agente del Estado habrá transgredido por una razón de Estado una norma de protección y garantía de un Derecho Humano fundamental sin que pueda apreciarse el plus de antijuridicidad de violencia organizada que de concurrir haría que esos mismos hechos se valoraran como crímenes de lesa humanidad.

Estos hechos en el Código Penal español vigente son punibles, pero no en su condición de delitos contra los DDHH, sino como delitos comunes cuando son más graves al comportar una transgresión de una norma de protección de DDHH. No es lo mismo que una lesión la provoque un particular que un agente del Estado. Como el CP no los contempla como violaciones punibles de DDHH, socialmente no son percibidos como tales.

En este punto resulta oportuno referirse al delito de tortura previsto en el Título VII «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral» del Libro II del Código Penal, en los artículos 173 y 174. En el artículo 173 el Código Penal contempla el delito como delito común y en el 174 CP como delito especial de una autoridad o funcionario público. Como puede comprobarse la violación punible de un Derecho Humano se encuentra confundida con un delito común.

El delito se definió como crimen internacional inequívocamente en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes en vigor desde junio de 1987 y también en el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes ratificado en 1989. En tanto que cometido por autoridad o funcionario público y ser incompatible con el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 del Convenio Europeo, es un delito contra los DDHH. Esta inclusión junto con un delito común de una violación de un Derecho Humano impide que el hecho pueda ser visualizado como lo que materialmente es, con todas sus consecuencias jurídicas.

VII. LA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

En la actualidad, la protección de los DDHH en el Código Penal español está reducida a la persecución de los crímenes de genocidio y lesa humanidad, crímenes organizados por el Estado, propios de regímenes de excepción. Son hechos que no pueden ocurrir en períodos de normalidad democrática porque, de ocurrir, son indicativos precisamente de ausencia de democracia. Los tribunales nacionales en estas condiciones de anormalidad, en las que deben perseguir la responsabilidad de agentes del Estado, tienen muy pocas posibilidades de actuar si es que están dispuestos a hacerlo. La protección penal plasmada en tipos penales que no se aplicarán en estas circunstancias deviene en aparente, en puramente simbólica.

Una protección penal real y efectiva de los DDHH debe dirigirse también al castigo de aquellas excepcionales violaciones graves de DDHH que sí pueden ocurrir en democracia y que de ocurrir los tribunales nacionales,

al contrario de lo que sucede con el genocidio y el delito de lesa humanidad, no sólo tienen posibilidades reales de poder actuar, sino que deben actuar. Son aquellos hechos violentos, pero puntuales, incompatibles con las normas de protección y garantía de los DDHH que deben ser catalogados como lo que son materialmente: delitos contra los DDHH.

España como Estado que es parte de los tratados internacionales de DDHH está jurídicamente obligada ante la comunidad internacional a respetar y garantizar los DDHH. Estas obligaciones internacionales conllevan el deber de los tribunales españoles de perseguir la responsabilidad penal de los autores de todas aquellas transgresiones de las normas de protección y garantía de estos Derechos que sean constitutivas de delito. Sin embargo, como dentro del Código Penal español no se prevén todos los crímenes contra los DDHH sino sólo los más graves de genocidio y de lesa humanidad, cuyas posibilidades de aplicación son escasas, los tribunales españoles no están en condiciones de cumplir con esta obligación internacional del Estado ya que carecen de competencia para perseguir la responsabilidad penal de los responsables de todos los graves crímenes contra los DDHH sino sólo de los más graves.

Es necesario que dentro del Título XXIV «Delitos contra la Comunidad Internacional» del Libro II del Código Penal español se cree un nuevo Capítulo con el epígrafe «Delitos contra los Derechos Humanos» en el que además de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad se incluyan todos los crímenes contra los DDHH que el ER tuvo a la vista para calificarlos como los más graves.

Estos comportamientos, como hemos señalado anteriormente, son punibles si son cometidos por un particular de *juriol* (supra IV). No es admisible que en la actualidad a un agente del Estado que cometa uno de estos delitos por razón de Estado, se le juzgue como si fuera un particular. El agente del Estado habrá violado un Derecho Humano, habrá transgredido una norma internacional, habrá cometido un crimen internacional que tiene que ser etiquetado crimen contra los DDHH en el Código Penal a efectos de que sea visualizado socialmente como tal. Esa visualización social que comienza con la sistematización de los delitos en un capítulo específico dentro de la Parte Especial del Código Penal debe continuar en todas las etapas del proceso penal. En la instrucción que será por hechos que indiciariamente podrían ser un delito contra los DDHH, en la acusación, si procede, en la que se señalarán los hechos punibles y el delito concreto contra los DDHH que constituyen y eventualmente, también, en la sentencia independientemente de si es condenatoria o absolutoria.

Del reconocimiento formal de estos comportamientos como crímenes internacionales o como «Delitos contra la Comunidad Internacional»

como los denomina el Código Penal, concretamente como violaciones de DDHH, sin duda materialmente lo son, se derivan importantes consecuencias de carácter técnico jurídico y político criminales.

Entre las de carácter técnico jurídico los delitos contra los DDHH tienen que configurarse como delitos especiales. Debe quedar claro que el autor, en la medida que son violaciones de DDHH, debe ser un agente del Estado. También sería necesario definir legalmente en el artículo 24 del Código Penal quienes son agentes del Estado y asimilar a ellos al que actúa con la tolerancia del Estado.

Las consecuencias político criminales que derivan de su condición de crímenes internacionales son varias. Por ejemplo, la de imprescriptibilidad previstas en el artículo 131. 3 del Código Penal para los delitos de genocidio y lesa humanidad que deberá extenderse a todos los delitos contra los DDHH que se incluyan en el nuevo capítulo del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal que se abriría de acuerdo con esta propuesta y también en armonía con el Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos la prohibición de medidas de gracia y en general, la eliminación de cualquier obstáculo que pueda favorecer la impunidad de los autores de crímenes contra los DDHH²¹.

²¹ Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos «Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad», E/CN.4/2005/102/Add.1. También conocido como Informe Orentlicher.

Sobre el papel de los derechos sexuales y reproductivos en el Derecho penal

Patricia Laurenzo Copello
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga



I. REPRODUCCIÓN Y SEXUALIDAD: UN TÁNDEM INSEPARABLE EN LA HISTORIA DE LAS MUJERES

LA FUNCIÓN REPRODUCTORA DE LAS MUJERES ha jugado un papel fundamental en la injusta distribución de roles sociales marcados por el género. Lejos de valorarse como un poder decisivo para el futuro de la humanidad, la capacidad para engendrar se observa en las sociedades patriarcales como una fuente de obligaciones que marca el destino de las mujeres y su posición en el mundo, acorralándolas en el cuidado y crianza de la prole¹ y, por extensión, de la familia en general. Esa ideología patriarcal que identifica lo femenino con el ámbito doméstico, apuntalada por los postulados de las confesiones religiosas que conciben la maternidad como un deber divino de cuidar de los hijos hasta el sacrificio, hizo que durante siglos la sexualidad femenina se observara exclusivamente como presupuesto de la reproducción², privando a las mujeres del derecho a una vida sexual placentera.

¹ VILLANUEVA FLORES, R., *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p. 24.

² GONZÁLEZ MORENO, J.M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho*, Deméter, 2017, p. 64.

De ahí la lucha del feminismo por el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito internacional³. Y de ahí también la preocupación primordial por conseguir un estatus adecuado para los derechos relacionados con la reproducción. Porque la concepción de la función reproductora de las mujeres como una obligación social y un sacrificio derivado de la naturaleza hizo que históricamente se les negara el control de su propia fecundidad e incluso el derecho a gestar en condiciones adecuadas y seguras para su salud. Por eso tiene sentido que en un primer momento los esfuerzos se centraran en buscar el reconocimiento de los derechos reproductivos⁴. Si a ello se añade la idea de que la única sexualidad «legítima» de las mujeres era (y para muchos sigue siendo) la que está en función de la procreación, se entiende también esa unión inseparable de los derechos reproductivos con los derechos sexuales, un tándem muy difícil de disolver pese a la necesidad de hacerlo para alcanzar de forma definitiva el reconocimiento de la sexualidad femenina como una fuente de bienestar y placer donde la reproducción debe ser una opción libre y no una imposición social.

II. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Los convenios internacionales son siempre el reflejo de las concepciones sociales y no escapan a los estereotipos y prejuicios más extendidos en la comunidad. Eso explica que en el proceso de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos la sexualidad (femenina) aparezca siempre en una posición subordinada y secundaria, relegada o incluso camuflada en el caso de las mujeres detrás de algunos aspectos de la salud vinculados con el embarazo y el parto o con la planificación familiar.

La CEDAW (*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 1979) dio el primer paso a nivel internacional de cara a reconocer ciertos derechos de las mujeres relacionados con su función reproductora. Aunque lejos todavía del desarrollo de un catálogo específico de derechos sexuales y reproductivos, la CEDAW puso el acento en tres aspectos de la vida social donde la discriminación de las mujeres repercute de manera particularmente intensa sobre sus opciones

³ CORRÊA, S., *From Reproductive Health to Sexual Rights: Achievements and Future Challenges*, *Reproductive Health Matters*, Vol. 5, n.º 10 (The international Women's Health Movement), 1997, pp. 108 ss.

⁴ MILLER, *Derechos sexuales (s/f)*, en <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/alicemiller.pdf>.

reproductivas: la educación, la atención sanitaria y la familia, incluido el derecho de las mujeres (en igualdad con los hombres) a «decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos» (art. 16, e). Nada se dijo, sin embargo, del derecho a ejercer una sexualidad libre⁵. En esta primera fase permanece intocable el vínculo intrínseco entre sexo y reproducción, poniéndose siempre por delante a los hijos y el bienestar de la familiar, en línea con el tradicional estereotipo de la mujer madre y cuidadora.

La *Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo*, celebrada en El Cairo en 1994, supuso un salto cualitativo en el tratamiento de los derechos vinculados con la sexualidad humana y la reproducción. Por primera vez los derechos reproductivos adquirieron entidad propia. Así, en el capítulo VII de su Programa de Acción se definió la salud reproductiva como «un estado general de bienestar físico, mental y social... en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos», de donde se sigue que «la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad de decidir si hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia» (párrafo 7.2).

Con esta definición comenzó a perfilarse la diferencia entre *derechos* y *salud* reproductiva, orientándose los primeros hacia el ámbito de libertad y autonomía de las personas en las decisiones vinculadas con su reproducción y, la segunda, a las incidencias de la reproducción humana sobre la salud, que abarca desde la atención sanitaria durante el proceso de gestación hasta los métodos de contracepción y sexo seguro. También aquí apareció por primera vez una referencia directa a la «capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos», aunque no se llegó a deslindar de forma clara entre derechos reproductivos y derechos sexuales por las fuertes objeciones que pusieron los Estados con marcada influencia religiosa a la hora de aprobar el capítulo VII. Numerosos países latinoamericanos plantearon reservas a todo lo que pudiera interpretarse como un reconocimiento del aborto como parte de la planificación familiar. Y la Santa Sede presentó una reserva general al Capítulo VII al entender que contenía referencias «que podrían interpretarse como favorables a la actividad sexual extramatrimonial» o al uso de medios de contracepción (anticonceptivos, esterilización o preservativos para prevenir el VIH) que la iglesia católica rechaza. Y, al igual que la República Islámica de Irán y otros países árabes,

⁵ LEVIN, S., *El conflicto de género en la política pública argentina. La política de salud sexual y procreación responsable*, en SORTUZ. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies, Vol. 3 (1), 2009, p. 22.

rechazó la atribución de los derechos reproductivos a los «individuos» (además de a las parejas) por las consecuencias que eso podía tener de cara a aceptar el sexo extramatrimonial, totalmente rechazado por las confesiones religiosas implicadas (al menos cuando se trata de las mujeres).

Un nuevo paso en el reconocimiento internacional de los derechos sexuales y reproductivos, esta vez directamente orientados a las mujeres, lo encontramos en la *IV Conferencia Mundial sobre la Mujer*, celebrada en Beijing en 1995. El párrafo 96 de la Plataforma de Acción establece que «los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual». Se da así un paso más en el deslinde entre derechos reproductivos y derechos sexuales, a lo que ayuda también que entre los objetivos vinculados a la «salud sexual» de las mujeres se incluya el «desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual» (párrafo 94).

El fuerte vínculo que se estableció en todo el proceso internacional de finales del siglo pasado entre los derechos sexuales y reproductivos y la salud⁶ tuvo que ver, al menos en parte, con la coincidencia temporal de estos convenios con el momento más álgido de la pandemia del SIDA, lo que inevitablemente condujo a vincular la sexualidad con peligros para la salud y justificó el interés institucional —especialmente de la OMS— por concentrar los esfuerzos en las actuaciones destinadas a garantizar el acceso al sexo seguro. Pero más allá de esta cuestión circunstancial, el enfoque hacia la salud ofrece hasta hoy una vía de escape a los Estados más conservadores y dependientes de valores religiosos para orientar sus compromisos internacionales de tutela de los derechos sexuales y reproductivos exclusivamente al ámbito de la seguridad de las familias, preservando así el modelo tradicional de mujer/madre/cuidadora y obviando cualquier prerrogativa sobre el propio cuerpo basada en decisiones autónomas de las personas sin sujeción a las pautas valorativas impuestas por la moral hegemónica.

⁶ De «medicalización histórica de la sexualidad» habla Miller, *Derechos sexuales*, cit., p. 8.

III. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y AUTONOMÍA PERSONAL

Una consecuencia importante de la visión terapéutica de la sexualidad y la reproducción es la categorización de los derechos sexuales y reproductivos como derechos sociales (derechos humanos de segunda generación) en lugar de derivarlos de forma directa de las libertades básicas que dan forma a los derechos políticos⁷. El feminismo crítico ha advertido con razón sobre el riesgo de que esta perspectiva socializadora conduzca a supeditar la sexualidad y la reproducción de las personas a la voluntad colectiva, abriendo la puerta a que los Estados configuren estos derechos en función de los intereses demográficos y los valores morales predominantes en lugar de centrarse en la voluntad de los individuos. Concebidos desde el punto de vista de la salud, los derechos reproductivos (y también los sexuales) entran en el contexto de las políticas públicas del Estado, con la inevitable consecuencia de quedar a merced de valores sociales y religiosos que en muchas ocasiones conducen a limitar la libertad de actuación sobre el propio cuerpo⁸, como ha sucedido históricamente con las limitaciones al aborto o al acceso a determinados medios anticonceptivos. En cambio, vinculados a las libertades fundamentales, los derechos sexuales y reproductivos quedan resguardados en el ámbito de la autonomía personal, de modo tal que el Estado no puede interferir más allá de lo necesario para garantizar su ejercicio pleno y libre de coerción, violencia y discriminación. Como bien dice Ignacio Berdugo⁹, la orientación personalista de los derechos humanos permite imponer a los Estados el deber de garantizar su plena vigencia sin instrumentalizar al individuo al servicio de intereses colectivos.

La consideración de los derechos sexuales y reproductivos como derechos de la personalidad ofrece una perspectiva más rica para dotarlos de contenido, capaz de abarcar no solo lo referente a la salud sino también, y en primera línea, todo lo relativo a los deseos y opciones vitales en materia de sexualidad y reproducción¹⁰. Este punto de vista ni excluye ni minimiza las legítimas expectativas de las personas en materia de salud reproductiva

⁷ LEVIN, *El conflicto de género*, cit., pp. 7 ss.; MESTRE I MESTRE, R., *Derechos sexuales y derechos reproductivos. Apuntes escritos durante una breve estancia en Francia*, en Fabregat Monfort (Coord.), «Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de Valencia», Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 237.

⁸ Dice FERRAJOLI, L. que la lucha del feminismo ha sido en esencia «una lucha de liberación de los cuerpos de las mujeres»: *Prólogo* al libro de T. Pitch, *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid 2003, p. 14.

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Derechos humanos y Derecho penal*, Estudios Penales y Criminológicos n.º 4, 1986-1987, p. 32.

¹⁰ GÓNZÁLEZ MORENO, *La autonomía reproductiva*, cit. pp. 60 ss.

(acceso a medios anticonceptivos de última generación, atención sanitaria durante el embarazo y el parto, abortos seguro) y sexual (información sobre sexo seguro, prevención del VIH) porque la garantía institucional de estos servicios es un presupuesto indispensable para hacer posible esa plena autonomía en materia de sexualidad y reproducción que se erige en el contenido esencial de este conjunto de derechos.

Además, al situarlos en el ámbito de la autonomía personal, se abre la posibilidad de romper por fin el vínculo indisoluble entre reproducción y sexualidad que tanto daño ha hecho de cara a reconocer los derechos vinculados con la esfera sexual de las personas. Porque no solo es indiscutible que hay sexualidad sin reproducción, sino que en nuestros días también es plenamente posible la reproducción sin sexualidad (a través de las múltiples técnicas de reproducción asistida que ofrece la ciencia y también, por qué no, mediante el recurso a la gestación subrogada). Una legislación libre de prejuicios de género y de tabúes religiosos debería conceder especificidad a los derechos sexuales y separarlos de los derechos reproductivos, reservándole a cada uno los espacios que le son propios.

Así, los derechos sexuales deben abarcar todo lo relativo a la autonomía de cada persona para tener el pleno control sobre su sexualidad¹¹ mientras que el haz de derechos reproductivos ha de centrarse en garantizar la salud y libertad de decisión de las personas en materia de reproducción.

La lucha por dotar de especificidad a los derechos sexuales frente a los reproductivos es ya antigua en el movimiento feminista y también en el colectivo LGTBI¹², dos sectores históricamente discriminados por la concepción patriarcal de la sexualidad. En el caso de las mujeres, porque su sexualidad ha sido reprimida, ocultada y condenada¹³ por una sociedad que solo legitima su ejercicio en función de la reproducción y al servicio de esta; y en el supuesto de las personas gay, lesbianas y transexuales (entre otras) porque sus opciones sexuales se apartan del modelo heterosexual binario (hombre-mujer) sobre el que se asientan las normas que determinan el límite entre lo aceptable y lo rechazable en este aspecto de la vida personal.

IV. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN EL ÁMBITO PENAL

La consideración de los derechos sexuales y reproductivos en el contexto de la autonomía personal puede servirnos de guía para dotarlos de

¹¹ VILLANUEVA FLORES, *Protección constitucional*, cit., p. 25.

¹² CORRÊA, *From Reproductive Health*, cit., p. 109.

¹³ MESTRE, *Derechos sexuales*, cit., p. 251.

contenido y marcar así las pautas sobre la forma en que ha de comportarse frente a ellos el Estado y, en particular, sobre la tutela que han de recibir por parte del derecho penal. Veamos, siquiera sea a modo de aproximación, algunas de esos derechos y libertades.

1. *Los derechos sexuales*

En línea con la Conferencia de Beijing, el contenido básico de los *derechos sexuales* se relaciona con el control sobre todas las cuestiones relativas a la propia sexualidad. Se trata de *la autonomía para decidir sobre la manera de vivir el propio cuerpo en la esfera sexual, sin coerción, discriminación ni violencia*. Ello incluye obviamente el derecho a no sufrir violencia sexual, un aspecto que en el caso de las mujeres adquiere particular importancia por los horrores a los que ha dado lugar la histórica instrumentalización del cuerpo femenino (agresiones sexuales, prostitución forzada, mutilación genital). Pero esta perspectiva, sin duda trascendente, no debe oscurecer la reivindicación de respeto de muchas manifestaciones positivas de la sexualidad femenina que han resultado profundamente relegadas e incluso prohibidas por el ancestral rechazo de la autonomía sexual de las mujeres (sexo como simple placer o como negocio, sexualidad sin reproducción, sexualidad lésbica). Por eso tiene sentido que la formulación de los derechos sexuales (en particular de las mujeres) se realice desde una perspectiva positiva superadora del tradicional modelo victimista¹⁴, centrada en la capacidad de agencia y el derecho a expresarse libremente en el ámbito de la sexualidad en lugar de insistir en la imagen estereotipada de la fragilidad femenina que solo conduce a perpetuar las medidas paternalistas por parte de las instituciones. Buen ejemplo de esta última tendencia, lamentablemente impulsada desde el feminismo hegemónico, es la propuesta de penalizar el llamado «acoso (sexual) callejero»¹⁵, una de tantas expresiones de esa clase de micromachismos que solo se superarán con mujeres empoderadas y autosuficientes y no con la simbólica amenaza de una sanción penal.

¹⁴ Relata Petchesky que el discurso de los horrores de la violencia sexual fue tan poderoso en la conferencia de Beijing que hizo que «el espectro de los cuerpos sexuados deseando placer permaneciera agazapado en el fondo de los debates». Cit. por CORRÊA, *From Reproductive Health*, cit, p. 112.

¹⁵ Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (aprobada por el Congreso de los Diputados el 27 de mayo de 2022): art. 173.4 CP.

Conforme a estas pautas y de modo puramente esquemático, los derechos sexuales con repercusión en el ámbito penal pueden sintetizarse del siguiente modo:

a. *Libertad para elegir al compañero(a) sexual y para decidir si tener o no un contacto sexual, cuándo y cómo tenerlo.* Es el ámbito propio de los tradicionales delitos contra la libertad sexual, desde las agresiones sexuales al acoso sexual. La legislación española se encamina a un cambio sustancial en esta materia que, al menos en la declaración de intenciones (y no sin grandes altibajos), parece orientarse hacia una concepción de los derechos sexuales asentada en la autonomía sobre el propio cuerpo. Así se infiere de la Exposición de Motivos de la *Ley orgánica de garantía integral de la libertad de sexual*¹⁶ cuando define la libertad sexual como «el derecho a decidir libremente...sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir exigencias o impedimentos por parte de terceros y exenta de coacciones, discriminación y violencia». La eliminación de la diferencia entre agresiones y abusos sexuales propuesta en el nuevo sistema resulta coherente con esos principios en la medida en que sitúa el punto de cesura entre lo que es y lo que no es un ataque a la libertad sexual en el sentido de la voluntad de la víctima¹⁷ y no, como hasta ahora, en las percepciones y comportamiento del autor (si ha tenido que «doblegar» la voluntad contraria de la víctima o si ha necesitado ardidés para superar su presunta negativa)¹⁸. Por eso tiene sentido que la descripción típica del delito de agresiones sexuales incluya una definición del consentimiento, entendiendo que solo concurre cuando se «haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»¹⁹. De este modo se deja claro que lo relevante desde el punto de vista típico es la voluntad real de la otra persona de participar en el contacto sexual porque es ese componente volitivo el que define al bien jurídico protegido por estos delitos. Si, además, concurre violencia o intimidación entrarán en juego otros bienes jurídicos cuya afectación obviamente debe tenerse

¹⁶ En el momento del cierre de este artículo la Ley se encuentra pendiente del trámite en el Senado.

¹⁷ RAMON RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *pero de verdad. Una réplica a Gimbernat*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XL, 2020, pp. 32 ss.

¹⁸ Sobre los diferentes modelos del consentimiento, Malón Marco, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 64 ss.

¹⁹ Art. 178.1 del Anteproyecto.

en cuenta en la pena²⁰, pero sin perder de vista que la esencia del atentado a la libertad sexual está en otro lado.

En otro orden de cosas, y en línea con diversos convenios internacionales, la legislación española contempla el delito de matrimonios forzados, por el que se castiga a quien mediante violencia o intimidación grave obligue a otra persona a contraer matrimonio (art. 172 bis CP español). Una figura que debe valorarse con suma cautela en tanto penaliza prácticas culturales muy difundidas en algunas comunidades que constituyen minorías en los países donde se establece la prohibición, con el riesgo consecuente de estigmatizar al grupo minoritario en lugar de tender puentes de diálogo intercultural para superar de forma menos traumática esta manifestación de discriminación de género²¹.

b. *Libertad para decidir la forma de ejercer la propia sexualidad.* En particular en el caso de las mujeres (incluidas las mujeres trans), esta manifestación de la autonomía sexual debería conducir a que se respete cualquier decisión personal en materia de sexualidad que no perjudique a terceros, como es el caso de la decisión libre de ejercer el trabajo sexual remunerado. Del mismo modo que se debe sancionar de forma contundente a quien obliga a alguien a ejercer la prostitución por constituir un atentado flagrante a su libertad sexual²², la consideración de los derechos sexuales como parte de la autonomía personal conduce a la necesidad de respetar a quien de manera no coactiva opta por obtener un beneficio económico de su propia sexualidad. Ello se traduce en la exigencia de una regulación adecuada del trabajo sexual que acabe con la situación de indefensión y precariedad laboral en la que viven las prostitutas en muchos países occidentales, incluida España. Es de lamentar que las reformas en curso opten por el camino contrario, abrazando la ideología abolicionista del feminismo radical que, como bien dice Maqueda, «se apropia de la dignidad de las prostitutas... para poder negar su condición de mujeres libres»²³. La tipificación de la tercería locativa destinada a acabar con los espacios

²⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., *La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género*, en Monge Fernández, A., *Mujer y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 244.

²¹ CISNEROS ÁVILA, F., *Violencia de género y diversidad cultural: el ejemplo de los matrimonios forzados*, *Revista Penal*, n.º 42-2018, p. 49.

²² Que debería sancionarse como agresión sexual en lugar de favorecer a los explotadores con penas menos severas a través del delito de prostitución forzada: MAQUEDA ABREU, M.L., *Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres*, *Mientras tanto*, n.º 196, 2020.

²³ MAQUEDA ABREU, M.L., *La prostitución: el «pecado» de las mujeres*, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2017, p. 77.

donde se ejerce el trabajo sexual, que a la vista de la deriva prohibicionista extrema que está tomando nuestra legislación es solo una muestra de lo que nos espera, no hace más que cerrar el círculo de criminalización de todo el entorno de la prostitución voluntaria, ignorando las múltiples consecuencias negativas que ello supone para las propias mujeres a las que se dice proteger. Llama la atención que en una reforma legislativa destinada a afianzar la autonomía sobre el propio cuerpo en materia sexual (especialmente de las mujeres) ni siquiera se haya dado voz a las trabajadoras sexuales que de forma pública han denunciado las peligrosas consecuencias de acorralar a la prostitución en el ámbito de la más absoluta clandestinidad (dificultades para el acceso a la vivienda, riesgo de criminalizar a las prostitutas que alquilan o comparten piso con otras compañeras, etc.)²⁴.

c. *Libertad para expresar y ejercer la propia orientación sexual y para actuar conforme a la identidad de género.* Este conjunto de derechos impone al Estado el deber de tomar las medidas necesarias para garantizar la igualdad de las personas LGTBI y evitar su discriminación por causa de sus opciones sexuales, lo que en términos penales se traduce en la necesidad de contar con instrumentos adecuados para prevenir y castigar las manifestaciones más graves de homofobia y transfobia. En este contexto adquiere especial importancia la agravante del art. 22.4.^a del Código penal que permite imponer una pena agravada cuando un delito se cometa en razón de la orientación o identidad sexual de la víctima (art. 22.4.^a CP).

d. *Derecho a la privacidad en el ejercicio de la sexualidad.* Este derecho se ve gravemente afectado con la difusión de imágenes íntimas de una persona con contenido erótico sin su consentimiento, una agresión a la privacidad que sufren de manera especial las mujeres. La moda del *sexting* (envío voluntario de material erótico propio por internet o móvil) ha incrementado de forma importante el riesgo de que una imagen íntima acabe circulando sin control por las redes sociales. El art. 197.7 CP está destinado a prevenir este tipo de conductas, sancionando a quien, sin el consentimiento de la víctima, difunda a terceros imágenes íntimas de esta obtenidas con su anuencia²⁵.

e. *Derecho a la salud sexual.* Es el aspecto que en mayor medida relaciona los derechos sexuales con los reproductivos ya que se entrecruzan

²⁴ Manifiesto *Escuchar para legislar*: <https://feministasproderechos.org/esp/home/>

²⁵ DÍAZ CORTÉS, L.M., *El sexting secundario entre menores: bien jurídico y respuesta penal*, Aranzadi, Pamplona, p. 99 ss.

en muchos puntos. Se trata de un ámbito muy amplio que abarca desde el derecho a una educación sexual adecuada y sin interferencias religiosas hasta el acceso a medios que garanticen el sexo seguro y sin riesgos de contraer enfermedades de transmisión sexual. Estos principios están recogidos en la *LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la IVE* que define la salud sexual como «el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia». Es de lamentar, sin embargo, que poco se ha hecho para asegurar la efectividad de estos derechos, en particular en el ámbito educativo.

2. *Los derechos reproductivos*

Los derechos reproductivos hacen referencia a la *autonomía de las personas para decidir en libertad si tener hijos o no tenerlos, cómo, con quién y cuándo hacerlo, sin coacción, discriminación ni violencia*.

Estos derechos han alcanzado un grado de desarrollo mucho más detallado que los derechos sexuales tanto en el ámbito internacional como en las legislaciones internas, si bien nos encontramos lejos de llegar a un consenso aceptable debido a la permanente interferencia de criterios morales y religiosos. Hay un contraste muy marcado entre los aspectos que tienen que ver con la voluntad de gestar y tener hijos y aquellos otros que se refieren a la decisión de no reproducirse. Mientras los primeros consiguen un alto grado de consenso –siquiera sea en los papeles–, los segundos provocan grandes divergencias que se reflejan en el derecho positivo.

a. En el primer grupo cabría incluir todos los derechos relacionados con la *consecución de la maternidad*, como la atención sanitaria adecuada e integral durante el embarazo, el posparto y el periodo de lactancia; el acceso a información integral sobre salud reproductiva y también el derecho mismo a reproducirse, que puede verse frustrado por una esterilización coactiva.

La esterilización forzada de mujeres se utiliza con frecuencia como instrumento de guerra, hasta el punto que el Estatuto de la Corte Penal Internacional la incluye entre los crímenes de lesa humanidad (art. 7). Pero también hay ejemplos en la historia de campañas masivas de esterilización femenina con fines demográficos. En Perú, bajo el gobierno de Fujimori, se llevó a cabo un «programa nacional de salud reproductiva y planificación familiar» que incluía la esterilización masiva de mujeres indígenas. Se ha hablado de alrededor de 200.000 esterilizaciones en el

periodo 1996-2000, si bien el número documentado es mucho menor. La causa tardó más de veinticinco años en llegar a los tribunales, hasta marzo de 2021. El derecho penal español regula de forma minuciosa y garantista las condiciones para que una esterilización no constituya delito (art. 155 CP).

Por lo demás, el derecho a la maternidad se garantiza también mediante la punición del aborto no consentido (art. 144 CP).

b. En el otro lado de la balanza se encuentran los debatidos derechos vinculados con la *decisión de no reproducirse*. Entre los menos conflictivos cabe citar el derecho a tener acceso a medios anticonceptivos modernos y eficaces y a recibir información integral sobre contracepción. Menos consenso suscita el acceso a la anticoncepción oral de emergencia (píldora del día después), si bien la OMS y la Organización Panamericana de la Salud han dejado claro que no se trata de un método abortivo porque actúa antes de la anidación. Pero el punto de máxima fricción lo encontramos en la interrupción del embarazo, sin duda el ámbito donde más dificultades existen para hacer valer el derecho de las mujeres a su autonomía reproductiva. Una autonomía que no solo niegan los pocos países que todavía mantienen la prohibición total del aborto (como Nicaragua, que ni siquiera admite la indicación terapéutica), sino también aquellos que únicamente admiten la interrupción del embarazo en casos excepcionales. Sin ánimo de entrar aquí en un debate interminable, entiendo que una legislación respetuosa con la autonomía reproductiva de las mujeres necesariamente ha de reservar un espacio adecuado para la decisión personal de la embarazada, sin interferencias externas de ninguna clase, como sucede en España desde 2010 con la regulación del sistema de plazos.

c. Otro aspecto destacable de los derechos reproductivos es el referente a la reproducción por *métodos asistidos ajenos a la sexualidad*. Esto incluye, en primer lugar, el derecho de todas las personas a cumplir sus expectativas de maternidad o paternidad a través de prácticas clínicas efectivas de gestación asistida en condiciones de igualdad y sin discriminación por estado civil o por razones de orientación o identidad de género.

Pero, sobre todo, aparece aquí otra de las puntas de lanza del feminismo radical: la gestación subrogada, donde se repiten prácticamente todos los lemas del abolicionismo, empezando por la supuesta cosificación de las mujeres por mero mercantilismo. Sorprende que para rechazar de plano esta alternativa de procreación se apele precisamente al respeto de los

derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, con el argumento –entre otros– de que la gestación subrogada les niega el derecho a decidir sobre la crianza y cuidado del futuro menor²⁶. Flagrante contradicción con uno de los postulados básicos del feminismo que reivindica la separación del tándem gestación/maternidad sobre el que se ha construido la histórica discriminación de género que relega a las mujeres al cuidado de la prole y el trabajo doméstico²⁷. Ya va siendo hora de que el feminismo abolicionista decida si quiere perpetuar el estigma de la gestante llamada por la naturaleza a cumplir sus «obligaciones» de ser madre y cuidar del hogar o, por el contrario, prefiere reivindicar la diferenciación entre el proceso biológico de gestar y el proceso social de ser madre. Las mujeres que libremente deciden gestar para otros no son víctimas de nada, solo han tomado una decisión que concierne a su cuerpo y ha de respetarse, se comparta o no su trasfondo moral. Otra cosa es que medie alguna forma de explotación o coacción, pero esos supuestos ya están castigados por la legislación penal a través de los delitos de coacciones, amenazas y tantos otros.

²⁶ Manifiesto *Las mujeres no se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial*: <https://www.mujeresenred.net/spip.php?article2199>

²⁷ Sobre la «ideología de la maternidad»: GARAY, R., *El destino de ser madres: la ideología de la maternidad como soporte discursivo de las nuevas tecnologías reproductivas*, en TARDUCCI, M., *Maternidades en el siglo XXI*, Espacio, Buenos Aires, 2008.

El matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad dotado de autonomía

Ana Manero Salvador

Profesora Titular de Derecho Internacional Público

Universidad Carlos III de Madrid



I. CONSIDERACIONES PREVIAS

ES PARA MI UN AUTÉNTICO HONOR el participar en el Libro Homenaje al Dr. Ignacio Berdugo, un maestro valiente y comprometido con la consecución de un mundo mejor. Como internacionalista, me satisface enormemente poder participar en esta obra que homenajea a un jurista al que admiro y respeto, y del que tanto he aprendido, porque el profesor Berdugo, junto con el profesor Arroyo, son dos penalistas que tienen un gran aprecio por el Derecho Internacional, que parten de una visión global de la justicia y del respeto por los derechos humanos, que comparto plenamente. Pero no es fácil alcanzarles en este compromiso, porque no todos tenemos el valor de viajar al terrible Chile de Pinochet para enfrentarse a los responsables de desapariciones forzadas, asesinatos y ejecuciones extrajudiciales, y defender los derechos de las víctimas; que fue lo que estos dos penalistas hicieron con decisión y en coherencia con una visión justa del derecho.

Por estas razones, he considerado oportuno realizar mi aportación sobre un importante avance que se ha producido en el ámbito de la responsabilidad penal internacional en los últimos tiempos, y que tiene importantes implicaciones para la Comunidad Internacional. Se trata de la interpretación realizada por la IX Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional, que el 4 de febrero de 2021 declaró culpable a Dominic Ongwen de crímenes contra la humanidad, entre otras cuestiones, por

delitos sexuales y de género, entre ellos el matrimonio forzado. La principal aportación que realiza la Corte en este asunto es la consideración del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad dotado de autonomía, lo que supone un importante avance y que está en la línea mantenida por otros tribunales penales internacionales, como el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal para el Genocidio Camboyano.

II. LOS CRÍMENES DE GÉNERO COMO CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. EL MATRIMONIO FORZADO

El 4 de febrero de 2021 Dominic Ongwen fue condenado por unanimidad por una serie abrumadora de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en el norte de Uganda, en el marco del conflicto armado que se remonta a los años ochenta del siglo pasado. El condenado, señor de guerra, antiguo niño soldado, y perteneciente al Ejército de Resistencia del Señor, un grupo armado extremista, cometió estos hechos ilícitos entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005. De entre los diferentes crímenes cometidos, destaca el matrimonio forzado, que, por primera vez, ha sido considerado como un crimen contra la humanidad dotado de autonomía, en el contexto de los crímenes de género¹.

Como se ha adelantado, la consideración del matrimonio forzado como crimen autónomo ya fue discutido en el Tribunal Especial para Sierra Leona y en Tribunal para el Genocidio Camboyano, que sin duda contribuyeron a la caracterización del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad².

El Tribunal Especial para Sierra Leona, en el asunto Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, considera el matrimonio forzado como una forma de violencia sexual, que implicaba que «the “wives”» were forced to perform a number of conjugal duties under

¹ Sobre la práctica del matrimonio forzado por parte del Ejército de Resistencia del Señor, véase CARLSON, K./ MAZURANA, D., *Forced Marriage within the Lord's Resistance Army, Uganda*, Feinstein International Center, 2008, disponible en <https://fic.tufts.edu/wp-content/uploads/Forced+Marriage+within+the+LRA-2008.pdf> consultado el 2 de marzo de 2021.

² RAGNI, C., «The Contribution of the ICC to the Characterization of Forced Marriage as an Autonomous Crime Against Humanity: the Conviction of Dominic Ongwen», *Criminal Justice Network*, February 16th, 2021, disponible en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/en/post/the-contribution-of-the-icc-to-the-characterization-of-forced-marriage-as-an-autonomous-crime-against-humanity-the-conviction-of-dominic-ongwen> consultado el 3 de marzo de 2021.

coertion by their “husbands”³». Este Tribunal consideró que el matrimonio forzado se incluía en la categoría de «otros actos inhumanos» y que, en consecuencia, constituía un crimen contra la humanidad⁴.

En Camboya, el régimen de los jemeres rojos reguló la obligación de contraer matrimonio, fundamentalmente concertado por las autoridades y en celebraciones colectivas, en los años setenta del siglo xx, con el objeto de aumentar la población del país. Si bien formalmente estos enlaces se consideraban voluntarios, en la práctica se coaccionaba a los contrayentes, tal y como señala el Tribunal⁵. El Tribunal para el Genocidio Camboyano va a considerar también que en la práctica del matrimonio forzado se encuentran los elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad en relación con «otros actos inhumanos». En este sentido, se señala su carácter sistemático –parte integral del proyecto jemer– y generalizado –decididos y coordinados por la dirección jemer⁶–.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica los crímenes internacionales de naturaleza sexual, entre los que se encuentran la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y la violencia sexual, pero no el matrimonio forzado como un crimen dotado de autonomía⁷.

El caso Ongwen la Corte va a examinar si en el marco de «otros actos inhumanos» cabe incluir al matrimonio forzado, esto es, si esta práctica cumple con los requisitos del artículo 7.1.k) del Estatuto⁸.

³ The Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu (Cas No. SCSL–2004–16–PT), párr. 51–57.

⁴ Sobre el matrimonio forzado y la labor del Tribunal Especial para Sierra Leona, véase SCHARF, M.P./ MATTLE, S., «Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity», Case Research Paper Series in Legal Studies, Case Western University School of Law, Working Paper 05–35, October 2005, disponible en https://www.researchgate.net/publication/228164494_Forced_Marriage_Exploring_the_Viability_of_the_Special_Court_for_Sierra_Leone's_New_Crime_Against_Humanity consultado el 3 de marzo de 2021.

⁵ Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Forced marriage, disponible en <https://www.eccc.gov.kh/en/node/33817> consultado el 3 de marzo de 2021, párr. 2019.

⁶ Case 002, conclusiones disponibles en <https://www.eccc.gov.kh/en/taxonomy/term/1507> consultado el 3 de marzo de 2021.

⁷ Sobre los debates en relación con la autonomía del matrimonio forzado como crimen contra la humanidad, véase CZELUSNIAK, T., «Forced Marriage as a Crime Against Humanity», *PluriCourts Research Paper*, n.º 17–02, November 25, 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2962222 consultado el 3 de marzo de 2021.

⁸ Trial Chamber IX, Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC–02/04–01/15, párr. 3021 y 3071.

Esta disposición dice así:

«A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...]

k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atente gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

El razonamiento que realiza la Corte merece ser reproducido. En primer lugar, afirma que el artículo 7.1.k) debe ser interpretado de forma conservadora, respetando el principio de legalidad, y no puede usarse para expandir acríticamente el alcance de los crímenes de lesa humanidad⁹, dado que estamos ante una cláusula de cierre, en consecuencia, de carácter residual¹⁰. Por tanto, para que una conducta pueda ser considerada como *otro acto inhumano*, debe ser consecuencia de un acto u omisión que cumpla con los dos elementos materiales: que el autor «cause intencionalmente grandes sufrimientos o atente gravemente contra la integridad física o la salud mental o física» y que ese acto tenga un carácter similar a otro de los referidos en el artículo 7.1 del Estatuto¹¹. Este segundo elemento se refiere a la *naturaleza y gravedad* de la conducta¹². En este sentido, se puede considerar que una conducta se enmarca en la cláusula residual del artículo 7.1 si se inflige gran sufrimiento o se producen lesiones graves o afecta a la salud mental o física. Esta conducta puede comprender comportamientos que parcialmente puedan subsumirse en el resto de crímenes del artículo 7, pero no en su totalidad, por lo que, en definitiva, la clave es que tenga un *carácter similar en términos de naturaleza y gravedad*¹³.

Por lo que respecta al matrimonio forzado, se comienza reconociendo el derecho fundamental de contraer matrimonio libremente, derecho reconocido en diferentes instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros¹⁴, y que da lugar a un estatus basado en el consenso, así como a una relación contractual¹⁵. En este sentido, el elemento

⁹ Id. párr. 2741.

¹⁰ Id., párr. 2745.

¹¹ Id., párr. 2743.

¹² Id., párr. 2747.

¹³ Id., párr. 2747.

¹⁴ Véase la nota al pie 7210.

¹⁵ Id., párr. 2748.

central del matrimonio forzado reside en la imposición de este estatus a la víctima, al margen de su voluntad, lo que conlleva la exigencia de los deberes asociados al matrimonio, y el consecuente estigma social, que tiene un grave impacto en la víctima tanto en términos físicos como psíquicos, lo que se agrava en caso del nacimiento de hijos¹⁶.

Continúa la Corte su razonamiento señalando que la conducta subyacente al matrimonio forzado, así como su impacto en las víctimas, no está comprendido –«fully captured»– en los crímenes contra la humanidad tipificados, y pone como ejemplo la esclavitud sexual¹⁷ y la violación, que existen independientemente del matrimonio forzado. Por ejemplo, mientras que en la esclavitud sexual se condena las restricciones o el control de la autonomía sexual de la víctima, en el matrimonio forzado se condena la imposición de la relación conyugal con la víctima, que no necesariamente implica el ejercicio de propiedad –«ownership»– sobre ésta¹⁸. Por otro lado, la violación no penaliza la imposición del estatus marital, pero ese estatus marital en el matrimonio forzado conduce a serias violaciones, que son, además continuadas, y que provocan un grave daño físico y mental¹⁹. En consecuencia, el matrimonio forzado no puede ser incluido en los tipos contemplados entre los artículos 7.1.a)-j)), pero sí en el marco del artículo 7.1.k), gozando, pues, de autonomía. De esta manera, se define el ilícito como un acto inhumano, por el que se fuerza a una persona, independientemente de su voluntad, a una unión conyugal mediante la amenaza o el uso de la fuerza física o psicológica o en el marco de un entorno coercitivo. Asimismo, se considera un delito continuado, en la medida en que abarca todo el período de la relación conyugal forzada y sólo concluye con la liberación de la víctima²⁰.

Como dice Ragni, estamos ante un importante paso, en la medida en que la Corte reconoce que la imposición del matrimonio forzado es, *per se*, un crimen internacional, sin necesidad de demostrar cierto umbral de gravedad²¹, siempre que se cumplan los requisitos mencionados, así como, obviamente, su carácter generalizado o sistemático. Por otro lado, como

¹⁶ Id., párr. 2748.

¹⁷ Sobre esclavitud sexual y matrimonios forzados, véase BOU FRANCH, V., «El crimen de esclavitud sexual y la práctica de los matrimonios forzados», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2015, p. 65 y ss.

¹⁸ Trial Chamber IX, Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, párr. 2749.

¹⁹ Id., párr. 2750.

²⁰ Id., párr. 2751 y 2752.

²¹ RAGNI, C., «The Contribution of the ICC to the Characterization of Forced Marriage as an Autonomous Crime Against Humanity: the Conviction of Dominic Ongwen».

recuerda esta autora, la posición de la Corte también se corresponde con la mantenida por el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011*, más conocido como Convenio de Estambul. Este instrumento prevé en su artículo 37 la obligación de tipificar como delito el matrimonio forzado²².

III. REFLEXIÓN FINAL

El asunto Ongwen marca un punto de inflexión en los llamados crímenes de género. Si bien tanto el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal para el Genocidio Camboyano ya habían considerado que el matrimonio forzado constituía un crimen de lesa humanidad, el hecho que desde el Tribunal Penal Internacional se haya procedido a examinar la naturaleza de este ilícito y se haya concluido que puede ser considerado como *otro trato inhumano* de conformidad con el artículo 7.1.k) representa un gran avance por el alcance global de la interpretación.

Esta perversa práctica, de la que son víctimas mujeres y niñas, constituye una violación de derechos humanos condenada por Naciones Unidas. En su informe sobre matrimonio infantil, precoz y forzado ante la Asamblea General de Naciones Unidas, el Secretario General señaló que son necesarios esfuerzos a nivel nacional e internacional para acabar con ello, lo que es especialmente acuciante en el marco de los conflictos armados²³. Estamos ante un enorme reto, y la decisión del caso Ongwen es un primer paso en este camino hacia un mundo mejor, tarea en la que el profesor Berdugo se ha empleado a fondo con su compromiso académico y profesional.

²² Id.

El artículo 37 del Convenio de Estambul dice así:

«1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio».

²³ Asamblea General de Naciones Unidas. Promoción y protección de los derechos de la infancia. Informe del Secretario General sobre la cuestión del matrimonio infantil, precoz y forzado, A/73/257, de 26 de julio de 2018.

Criminología del delito fiscal

M.^a Teresa Martín López
Titular de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha



I. DELITO FISCAL: DELITO DE CUELLO BLANCO

LA CRIMINOLOGÍA DETERMINA el concepto del White Collar Crime o «Crimen de cuello blanco» en 1939 con el estudio del sociólogo y criminólogo Edwin H. Sutherland¹ y con ello introdujo como objeto de estudio de la criminología –y las demás ciencias penales– los hechos delictivos cometidos por personas de alto estatus social. A partir de entonces se produce un cambio significativo de paradigma: se añaden, a los clásicos delitos cometidos por personas de estatus social bajo o medio, los hechos cometidos por personas de alto estatus –incluidas personas jurídicas– en su ámbito de poder. Sutherland demostró que los hechos cometidos bajo este nombre causaban daños personales y sociales más graves que la delincuencia tradicional y, sin embargo, eran más benévolamente tratados por la justicia.

El concepto de delito de cuello blanco, absolutamente actual, nos refiere un delito de contenido económico cometido por personas de respetabilidad y alto estatus social en el curso de su ocupación². Es, pues, un delito cometido por los poderosos en la sociedad que abusan de sus poderes, para su beneficio personal o de una organización, por razones

¹ SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, Ed. Endymion, Madrid, 1999; SUTHERLAND, E., «White-Collar Criminality». *American Sociological Review* 5, n.º 1, 1940, pp. 1-12.

² MARTÍN LÓPEZ, M. T., «La validez del delito de cuello blanco», en *Libro Homenaje a Luis Alberto Arroyo Zapatero*, BOE, Madrid, 2021, pp. 1545-1561.

económicas³. Estas tres notas o características esenciales determinadas por la criminología también han sido validadas en estudios de investigación criminológica/sociológica recientes⁴.

Esta categoría supone además la apertura a un nuevo objeto de estudio de la criminología, hasta el punto de que se considera el antecedente de la criminología económica⁵: el estudio de la repercusión delictiva de las deficiencias, lagunas, conflictos y/o contradicciones del sistema económico liberal⁶. Lógicamente, por extensión propia del paso del tiempo, se ha ampliado a la repercusión delictiva de cualquier contexto económico-social –y la cultura que de él derivan– a nivel nacional⁷, de la Unión Europea⁸

³ GOTTSCHALK, P., *Investigating White-Collar Crime Evaluation of Fraud Examinations*, Springer International Publishing AG 2018, pp. 1-12. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-68916-6>.

⁴ El estudio revela que se califican en escala más alta como delitos de cuello blanco los escenarios en los que los delincuentes tienen un estatus alto, con acceso ocupacional y cuando los medios y consecuencias del delito son económicos: GALVIN, M./ LOGAN, M./ SNOOK, D., «Assessing the validity of white-collar crime definitions using experimental survey data» *Journal of Experimental Criminology*, 31 enero 2021. <https://doi.org/10.1007/s11292-020-09455-6>.

⁵ La criminología económica es una disciplina que «da cuenta de la naturaleza y el tratamiento de los delitos que causan pérdida financiera, fraude, corrupción, evasión tributaria y, sobre todo, enriquecimiento ilícito y no justificado a través del cometimiento de actividades en apariencia lícitas, semilícitas y complemente ilícitas». Definición recogida por PONTON, D., «El aporte de Edwin Sutherland al análisis del crimen económico global» en *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* n. 27, mayo-agosto 2020, p. 113, con cita de la autora: Valer, Diana. Disponible en <http://dx.doi.org/10.17141/urvio.27.2020.4266>.

⁶ Vid. GEIS, G., «El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico», en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, 2006, pp. 317 y ss.

⁷ En este sentido, en un análisis histórico del fraude fiscal en España, el autor concluye que existe una relación del fraude y la elusión fiscal con otros aspectos, como la corrupción, o la política, de tal forma que la inercia de los contribuyentes hacia el fraude se ha mantenido en los diversos tipos de Estado desde el siglo pasado (República, dictadura, democracia). De alguna manera ha sido «consentido políticamente» de tal forma que el fraude fiscal ha resultado históricamente una estrategia rentable para los contribuyentes. COMIN, F., *La corrupción permanente: el fraude fiscal en España*. Madrid: Hispania Nova, 2018.

⁸ Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, cuyo art. 4 dispone que será aplicable a los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales, tipificados en los artículos 305, 305 bis y 306 CP. En el supuesto de ingresos procedentes de los recursos propios del impuesto sobre el valor añadido, los Fiscales europeos delegados solo serán competentes cuando los hechos estén relacionados con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan, como mínimo,

e indudablemente también en un contexto económico globalizado en el siglo XXI⁹.

Sobre esta base, Sutherland determinó en su investigación un conjunto de comportamientos de naturaleza económica que estimaba eran –o debían ser– delitos de cuello blanco (competencia desleal, publicidad engañosa, etc.) señalando expresamente el fraude fiscal. Así pues, desde el inicio de la construcción de la categoría de delito de cuello blanco se ha incluido la delincuencia fiscal. Seguidamente analizamos los dos primeros elementos del delito de cuello blanco con relación al delito fiscal: que se trate de una persona de alto estatus socioeconómico y que se produzca el hecho en el ámbito de actuación laboral/profesional y ocupacional del autor.

La actualización de estos requisitos por la criminología exige reconocer los cambios de categorías sociales que se han producido a lo largo del siglo XX e incluir la trascendencia de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ello, se incluye en esta categoría no solo las personas físicas que poseen un imperio económico (al modo de la lista de Forbes, con inclusión de otras personas de grandísimo capital personal como deportista de máximo nivel, youtuberos, etc.) sino que también se incorporan a este grupo social personas de alto nivel formativo y ocupacional (clase social media que tiene alta formación y/o que ostentan cargos altos/intermedios en empresas o en la Administración): empresarios, inversores, gerentes ejecutivos, jefes de departamento y también profesionales – como individuos o como miembros de una organización con actividad económica– como abogados y médicos, asesores fiscales, personal de los entes estatales reguladores, personal equivalente en la administración pública, etc. Y, por otra parte, quien detente las condiciones de dirección, administración y representación de personas jurídicas establecidas en el art. 31 bis del código penal.

Para la determinación del autor penalmente responsable de un delito fiscal debemos partir de la regulación penal prevista en el art. 305 y ss. del Código penal: estamos ante un delito especial que requiere de la condición de ser obligado tributario, sea persona física o jurídica, es decir ser deudor

un perjuicio total de 10 millones de euros; a la defraudación de subvenciones y ayudas europeas prevista en el artículo 308 y otros delitos económicos y de corrupción conexos a estos comportamientos.

⁹ Delincuencia muy relacionada con la corrupción: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. «Corrupción y derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, en *Revista penal*, n.º 37, 2016, pp. 23-45.; del mismo «La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española» en *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Dir. Pérez Cepeda, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 593-636.

tributario¹⁰. Así pues, puede ser delincuente fiscal el contribuyente, su sustituto o el responsable del pago de la deuda tributaria y el beneficiario de la devolución o beneficio fiscal indebidos. La delimitación del alto estatus social del autor también viene determinada (especialmente en caso de personas físicas) por la cuantía que se defrauda para constituir un delito fiscal, cuantía que está fuera de las posibilidades de la clase media tradicional, que queda excluida de la «oportunidad» de cometer este delito. Por otra parte, tales personas están actuando en el ámbito profesional u ocupacional propio (sea por defraudación del impuesto de la renta de las personas físicas o sea un impuesto empresarial como el impuesto de sociedades, por ejemplo) o en nombre y representación de una persona jurídica¹¹.

Juntamente con el autor del delito puede concurrir la intervención de otras personas, cuya penalización es altamente recomendada por la OCDE¹², y admitido conforme al art. 65. 3.º del Código penal referido al extraneus que puede ser responsable a título de partícipe, lo que nos conduce a la posible responsabilidad penal del asesor fiscal, siempre y cuando hay recaído acusación sobre el mismo y esto no sucede en muchas

¹⁰ Hay práctica unanimidad en entender que el delito fiscal es un delito especial que sólo puede cometerlo el obligado a tributar: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. «Consideraciones sobre el delito fiscal en el Código Español» en *THEMIS: Revista de Derecho*, N.º 32, 1995 p. 73; DE LA MATA, N./ ARAÚZ DE ROBLES, G. *La responsabilidad penal del asesor fiscal: Límites*, PAPER N.º 15, AEDAF, septiembre 2019, p. 22. Pero también la hay a la hora de aceptar que, como en cualquier delito especial, el «extraneus» (por ejemplo el asesor fiscal) puede responder como partícipe en el delito, cooperador necesario, cómplice o inductor. Así se condena a un asesor fiscal en sentencia TS (Sala de lo Penal) núm. 1231/1999 de 26 julio. RJ 1999\6685; Sentencia TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 264/2001 de 16 febrero. RJ 2001\1261. AP La Rioja (Sección 1.ª), sentencia núm. 446/2005 de 21 octubre. JUR 2005\272889.

¹¹ Sean los administradores de derecho o de hecho, a título de autor o de cooperador necesario, como se analiza en la Sentencia de la AP Oviedo de 24 de noviembre de 2020 (Roj: SAP O 4648/2020).

¹² «Los países también deben criminalizar el acto de ayudar, instigar, facilitar o permitir la comisión de un delito fiscal por otros, o la conspiración para cometer un delito fiscal («accesorios»), como las acciones tomadas por facilitadores profesionales. Según los datos de la encuesta, 22 jurisdicciones respondieron que los accesorios, incluidos los habilitadores profesionales, son penalmente responsables, y en la mayoría de los casos pueden ser considerados responsables del mismo delito y la misma sanción penal. En algunos casos, la persona puede ser responsable de una mayor pena, como cuando son un profesional de impuestos y su facilitación de la ofensa se considera un factor agravante. También hay tres jurisdicciones que también aplican sanciones civiles significativas para habilitadores o promotores profesionales». OCDE, *Lucha contra los delitos fiscales: los diez principios globales*, París. 2019, pp. 15-16. Disponible en www.oecd.org/tax/crime/lucha-contra-los-delitos-fiscales-los-diez-principios-globales.pdf.

ocasiones¹³. En la actualidad, se reclama su posible responsabilidad penal¹⁴ por el fortalecimiento de la cultura de cumplimiento de las obligaciones tributarias y consiguiente rechazo de quien defrauda a la Hacienda Pública y de aquellos que con sus conocimientos especializados, y cobrando grandes honorarios, les ayudan. Por otra parte, por un principio de prevención general es conveniente incluir en los procedimientos penales por delito fiscal a quienes colaboran de forma eficaz a su ejecución y, con ello, se advierte a otros sujetos para el futuro¹⁵. En la práctica judicial se pide con mayor frecuencia la acusación y procesamiento de los asesores fiscales, incluso en casos en que el motivo de defensa del obligado tributario se hace descansar en la existencia de un asesoramiento fiscal, como expresamente ha señalado el Tribunal Supremo: «Ciertamente resulta difícil de comprender que los asesores a los que se acudió hayan sido excluidos de toda preocupación acusadora por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado. Pero tan insólita actitud de esas acusaciones no puede incrementar el indeseable resultado de añadir a tal eventual impunidad la del defraudador aquí acusado»¹⁶. Desde un punto de vista técnico es claro que muchos obligados tributarios requieren de la colaboración especializada para poder realizar una planificación fiscal delictiva¹⁷. No sólo como par-

¹³ «En el supuesto de delito de fraude fiscal, y por lo que concierne al sujeto sometido a deberes de tributar como los de veracidad, declaración y pago, (no se nos trae en esta causa el problema de imputación a sujetos extraneos como los asesores), se nos suscita en el motivo del recurso las consecuencias de una organización del hecho en la que el sujeto especial «delega» en un extraneo la función de cumplir determinados deberes que recaen sobre el delegante» en el fundamento jurídico segundo de la STS 374/2017, 24 de Mayo de 2017 (Roj: STS 1885/2017) Caso Messi.

¹⁴ DE LA MATA, N./ ARAÚZ DE ROBLES, G. *La responsabilidad penal del asesor fiscal...* pp. 10-11.

¹⁵ No es extraño que el obligado tributario alegue falta de elemento subjetivo doloso debido a la existencia de un error en la actuación de su asesor fiscal, como por ejemplo en la Sentencia de AP Logroño 27 abril 2021 (Roj: SAP LO 254/2021).

¹⁶ Fundamento de derecho sexto sentencia del caso Messi. También queremos destacar que «La referencia a la ineludible demanda de asesoramiento técnico en sociedades complejas y en el ámbito de actuación referida a determinados deberes, podría dar lugar a reflexiones en el ámbito de la culpabilidad cuestionando la exigibilidad de una conducta diversa a la seguida por el autor. Pero en modo alguno en el ámbito del examen de concurrencia del elemento objetivo del tipo» en el Fundamento de derecho segundo. STS 374/2017, 24 de mayo de 2017 (Roj: STS 1885/2017).

¹⁷ Un estudio de las diversas posiciones doctrinales respecto a la responsabilidad penal del asesor fiscales puede verse en DE LA MATA, N./ ARAÚZ DE ROBLES, G. *La responsabilidad penal del asesor fiscal...* pp. 52 y ss. En varias ocasiones si se ha acusado a los considerados como asesores fiscales si bien hay sentencias absolutorias por falta de prueba, como por ejemplo, se desarrolla en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia AP Madrid de 23 de abril de 2021 (Roj: SAP M 3791/2021).

típico, según la posición adoptada en una entidad por el asesor fiscal (por ejemplo, administrador de hecho o representante del obligado tributario), también cabe plantearse si puede ser considerado como autor en virtud del principio de representación del art. 31 del código penal.

II. DELITO FISCAL: DELITO ECONÓMICO

El tercer elemento del delito de cuello blanco es su carácter económico: ya sea cometido el delito dentro o fuera de una empresa, característico del delito de cuello blanco es que tiene un contenido económico, de provecho, beneficio, lucro, ganancia... sea en propio interés o en beneficio de un tercero, ya sea presente o futuro, directo o indirecto. El acento en esta característica del delito de cuello blanco ha derivado en la subcategoría de delito económico, delincuencia o criminalidad económicas o socioeconómicas. Su vinculación es reconocida por Tiedemann al afirmar que la dedicación científica y legislativa al fenómeno de la criminalidad económica tiene sus raíces en Estados Unidos en la teoría del delito de cuello blanco de Sutherland¹⁸. Nuestra doctrina penal, ya antes del código penal de 1995, ubica el delito fiscal en esta clase de delincuencia¹⁹. La tipificación penal exige, para diferenciar el hecho delictivo de la infracción tributaria, que la defraudación fiscal produzca como resultado lesivo un perjuicio patrimonial a la Hacienda: la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado o las devoluciones o beneficios indebidamente obtenidos debe ser superior a ciento veinte mil euros en el tipo básico –art. 305 n.º 1 CP. El perjuicio económico integra un correspondiente beneficio o lucro para el autor del hecho, o para un tercero de naturaleza económica pero conviene tener en cuenta que puede conllevar otros beneficios adicionales, como una mejor posición en su sector del mercado, disponer de recursos para lanzar publicidad u ofertas de mercancías o servicios, proceder a una inversión técnica o tecnológica que le reporte beneficios futuros, etc.

¹⁸ TIEDEMANN, K.: «Introducción» *Estudios de Derecho penal económico*, UCLM, 1994, p. 11. Más rotundo fue cuando afirmó que *como se sabe, Sutherland describe el delito económico –perpetrado por el delincuente «de cuello blanco»– como «delito que es cometido por una persona de consideración y elevado estatus en el marco de su profesión*, TIEDEMANN, K.: «El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico» *Revista chilena de derecho*, vol. 10, n.º 1, 1983, pp. 59-68 (p. 60).

¹⁹ ARROYO ZAPATERO, L.: «Actualidad político criminal del derecho penal económico en España», *Estudios de Derecho penal económico*, UCLM, 1994, p. 19, señalando que el derecho penal debe proteger los elementos esenciales del orden económico constitucional, entre otros tipos, a través del castigo penal del fraude fiscal y a la seguridad social.

Es su naturaleza económica un motivo para cometer este delito, según muy diversas teorías criminológicas. Sutherland elaboró la teoría de la asociación diferencial dirigida a comprender y explicar «el proceso de difusión de técnicas y prácticas ilegales en grupos de alto estrato social, la autovaloración de estos grupos de sus prácticas y, en menor medida, el rol de los legisladores y operadores de justicia en la tolerancia y el encubrimiento social de esos delitos»²⁰. Es evidente que el delito fiscal quebranta el esencial principio de respeto a la ley y el Derecho: Sutherland señala que las élites sociales despreciaban la regulación económica: «la planificación social para una sociedad más incluyente era criticada por los hombres de negocio como burocracia, utopía o comunismo»²¹. Como en todo comportamiento humano las teorías sociológicas encuentran un factor determinante en el círculo de socialización más cercano al delincuente (familia, grupo de amigos y comunidad próxima). Ahora bien, en la actualidad debemos poner en contexto el delito fiscal –como delito de cuello blanco– con mecanismos de socialización indirectos como son el círculo profesional del autor, los medios de comunicación e incluso internet, el ciberespacio.

En nuestra consideración, la teoría criminológica explicativa del delito de cuello blanco, del delito fiscal, es la teoría de la conveniencia (Theory of convenience) desarrollada por GOTTSCHALK²²: el delincuente de cuello blanco tiene motivo, oportunidad y voluntad. Brevemente analizamos estos tres elementos: 1.º) el motivo básicamente es económico: el infractor cree que puede obtener beneficios actuando de manera ilegal mejor que de formas legales. No obstante, también puede suceder por miedo, tensión o amenaza en un contexto organizativo. Por otra parte, para otros criminales de cuello blanco, el dinero es sólo el medio para un objetivo de aceptación, influencia y la fama: ser reconocido como empresario exitoso conlleva estatus y privilegios. 2.º) oportunidad: las posibilidades favorecen a un delincuente en el ámbito profesional que actúa en beneficio propio o si realiza un delito corporativo en beneficio de la entidad que le permita acceder a nuevos mercados o nuevas oportunidades de negocio (corrupción que le permite obtener licencias o contratos públicos/privados, por

²⁰ PONTON, D., «El aporte de Edwin Sutherland al análisis...», p. 117.

²¹ SUTHERLAND, E., *Delito de cuello blanco White collar crime: the uncut versión*, Buenos Aires, Editorial B de f. 2009, p. 369.

²² Vid. GOTTSCHALK, P., *Convenience Triangle in White-Collar Crime Case Studies of Fraud Examinations*, Edward Elgar, USA, 2019, pp. 55-57 y 160-162; GOTTSCHALK, P., «Convenience triangle in white-collar crime: Case studies of relationships between motive, opportunity, and willingness» *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 55, 2018, pp. 80-87. <https://doi.org/10.1016/j.ijlcj.2018.10.001>.

ejemplo)²³ y 3.^o) Finalmente, es precisa la concurrencia de la voluntad, pues al fin el delito tiene una dimensión conductual. La voluntad de cometer delitos encuentra explicación en múltiples perspectivas: factores personales (conflictos relacionales, identificación narcisista, etc.), influencia de otras personas, etc.²⁴. En este sentido, hay varios estudios sobre los factores o causas del fraude fiscal en España²⁵. Por su actualidad, queremos destacar un estudio de fraude fiscal en España referido a la conducta de incumplimiento de la obligación legal de presentación de la declaración de la renta. Este estudio recurre a dos marcos teóricos que proceden de dos paradigmas antagónicos. Por un lado, las teorías de la elección racional, que, entre otras cuestiones, parten de la concepción del hombre como un ser libre y racional que toma sus decisiones en base al cálculo de ventajas e inconvenientes que le puede reportar su conducta. Por otro lado, las teorías de la frustración, para las que el delito viene determinado por la presión que ciertos factores individuales y sociales ejercen sobre el individuo²⁶. La conclusión es que determinadas fuentes de frustración de tipo económico, educativo y social colocan a los individuos en una situación de desventaja que los lleva (presiona) a incumplir con su obligación de realizar la declaración de la renta. Por lo tanto, el estudio concluye que las teorías de la frustración constituyen un marco teórico prometedor.

Lo cierto es que el delito fiscal, como delito económico, supone una minoración de los recursos públicos. En su conjunto, todas las actuaciones defraudatorias a la Hacienda pública alcanzan unas cifras que son realmente preocupantes: los técnicos del Ministerio de Economía y Hacienda (GESTHA) apuntan que supera los 20.000 millones de euros y otros autores estiman que el fraude fiscal en nuestro país durante los últimos veinte años se ha mantenido en cifras superiores al 20% del PIB, llegando a alcanzar en algunos años el 27%²⁷. Otras fuentes indican que el fraude fiscal, antes de la pandemia, provocaba unas pérdidas en España de unos 91.600 millones

²³ Vid. Sobre este punto BENSON, M.L./ SIMPSON, S.S., *Understanding White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge. 2015.

²⁴ Un estudio los factores individuales puede consultarse en CUERVO GARCÍA, A., «Perfil criminológico del delincuente de cuello blanco», *El sistema socioeconómico desde el prisma del derecho penal y la criminología*, Aranzadi, 2019, pp. 173-198.

²⁵ Vid. TEIJÓN ALCALÁ, M., «El fraude fiscal en España: Un estudio empírico sobre sus posibles causas mediante Modelos de Análisis Multinivel», en *Revista Española de investigación criminológica*, Artículo 1, Volumen 19 (1), 2021, p. 2. <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/391>

²⁶ TEIJÓN ALCALÁ, M., «El fraude fiscal en España... pp. 15 y ss.

²⁷ TEIJÓN ALCALÁ, M., «El fraude fiscal en España... p. 2.

de euros anuales²⁸. Pero hay otras razones para una minoración de los ingresos tributarios: el sindicato de Técnicos de Hacienda (Gestha) señala, entre otras causas, la menor recaudación de España debido a la presión fiscal media respecto a la Unión Europea y la economía sumergida²⁹. También la crisis económica provocada por el COVID: el año 2020 se cerró con una recaudación de 194.051 millones de euros, un 8,8% menos que en el año 2019³⁰.

Como indicador del alcance económico del delito fiscal contamos con los datos referidos al número de expedientes por delitos fiscal denunciados por las áreas de Inspección Financiera y Tributaria de Aduanas e Impuestos Especiales, y cuantía correspondiente de esos expedientes por delitos fiscales (en millones de euros), que se encuentran disponibles en las distintas Memorias de la Agencia Tributaria³¹ y que exponemos en la siguiente Tabla:

AÑO	Numero expedientes	Millones de euros
2013	578	421.91
2014	391	305.04
2015	341	442.66
2016	226	278.33
2017	225	327.83
2018	177	110.7
2019	177	256.8

²⁸ <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/hacienda-tipificacion-delito-fiscal-gestha-economia-sumergida/20201023164430180472.amp.html>

²⁹ Los cálculos realizados por Gestha sobre las diferencias de presión fiscal de España respecto a Europa en 2018 y de economía sumergida pueden consultarse en *REVISTA EXPANSIÓN*, 3 noviembre de 2019. Disponible en <https://www.expansion.com/economia/2019/11/03/5dbeb81ce5fdea39208b45dd.html>.

³⁰ AGENCIA TRIBUTARIA, *Informe anual de recaudación tributaria 2020*. Página 7 https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2020/IART20.pdf

³¹ La última memoria publicada es del año 2019. Memorias disponibles en la página web de la agencia tributaria: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/informacion-institucional/memorias.html>.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado reconoce que «La falta de un sistema informático normalizado e igual para todo el territorio impide realizar una cuantificación exacta de los hechos delictivos ocurridos en nuestro país. Solo podemos ofrecer estimaciones aproximadas de tal realidad. En todo caso, parece que las cifras son esencialmente similares a las de años anteriores. Hay, no obstante, una tendencia a la baja en los delitos de defraudación de IRPF, mientras que aumentan los referidos a fraudes de IVA y Sociedades. Comienza a ser importante el número de defraudaciones a la Seguridad Social»³².

Se aprecia una sustancial disminución del número de delitos denunciados por la inspección de hacienda ¿Cuáles son las razones de este cambio? según los Técnicos del Ministerio de Hacienda³³ la investigación de los delitos fiscales por parte de la Agencia Tributaria (AEAT) se ha desplomado un 76% en la última década, mientras que las cuotas defraudadas en los presuntos delitos denunciados cayeron un 85%. Para resolver esta cuestión solicitan reformas en la propia Agencia Tributaria (sólo unos pocos jefes de equipo investigan los delitos fiscales; se prima las inspecciones y comprobaciones sobre autónomos y pequeñas empresas, a los que dedica el 80% de los efectivos, en lugar de poner la lupa sobre las grandes fortunas y grupos empresariales); tributarias (en este sentido se ha elaborado una reciente Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal, Ley 11/2021, de 9 de julio³⁴), e incluso proceder a estudiar modificaciones del delito fiscal en el Código Penal (como por ejemplo rebajar la cuantía a 50.000 euros para el tipo básico y ampliar la responsabilidad penal de asesores fiscales/legales y los colaboradores de entidades financieras). Es evidente que la Agencia Tributaria debe disponer de técnicos suficientes y con competencia para la investigación del delito fiscal, máxime teniendo

³² Memoria FGE, Madrid, 2020, p. 1080. Tal tendencia se mantiene, como queda plasmado en la información –casi repetida– en la Memoria FGE, Madrid, 2021, p. 1065. Resulta muy interesante el análisis de datos realizado por FITOR MIRÓ, J.C., «Evolución histórica de la persecución del delito fiscal en España», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, n.º extra 7, 2021.

³³ Vid. información del Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda Gestha, disponible en: <https://www.elsaltodiario.com/fraude-fiscal/gestha-investigacion-delitos-fiscales-desploma-ultima-decada>. Es importante reseñar que para auxiliar a los tribunales de Justicia se han designado 885 funcionarios al peritaje y auxilio judicial, la mayoría Técnicos de Hacienda.

³⁴ Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

en cuenta el incremento de actividad económica en el ciberespacio durante el COVID, lo que unos han considerado una nueva oportunidad de negocio pero también se ha convertido en un mecanismo de fraude fiscal³⁵. La lucha contra el fraude fiscal debe adaptarse a la digitalización del mundo económico y ello exige una administración tributaria diferente, si quiere ser un agente de control y fiscalización más eficaz: se debe contar con las herramientas tecnológicas que posibiliten un análisis de comportamiento de los contribuyentes, lo que requiere una recopilación extensa de datos y aplicaciones de Inteligencia Artificial. Este cambio de paradigma exige que además de expertos tributarios se deba contar con expertos en data scientists y expertos en comportamiento con el fin de realizar perfilado de contribuyentes, identificar patrones y crear respuestas cada vez más eficientes. Así lo ha entendido la Agencia Tributaria que en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2021 pone el foco en los precios de transferencia aplicados por los grupos multinacionales en sus operaciones vinculadas; en el uso de herramientas tecnológicas para el análisis de riesgos dirigido a la detección de prácticas de erosión fiscal y en los efectos del COVID 19 al analizar si las situaciones de pérdidas o reducción drástica de beneficios son verdaderamente atribuibles a la crisis económica o si por el contrario resultan de alteraciones injustificadas o sin sentido (las reestructuraciones empresariales, la valoración de activos en transmisiones intragrupo, pagos por cánones o servicios intragrupo, existencia de pérdidas reiteradas o estructuras funcionales de bajo riesgo)³⁶.

Por otra parte, el delito fiscal no sólo tiene una naturaleza económica sino también social, puesto que afecta a toda la población en su conjunto y es exponente del no respeto a las normas y los valores sociales. En este sentido es importante valorar la percepción de los ciudadanos sobre el grado de fraude y cultura fiscal: el último estudio publicado del Instituto

³⁵ Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta los cambios operados por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de las Directiva (UE) 2017/2455 del Consejo, de 5 de diciembre de 2017, sobre obligaciones relacionadas con prestaciones de servicios y ventas a distancia de bienes y Directiva (UE) 2019/1995 del Consejo, de 21 de noviembre de 2019, en materia de disposiciones relativas a las ventas a distancia de bienes y a ciertas entregas nacionales de bienes, que han supuesto la aplicación de nuevas reglas sobre el comercio electrónico de aplicación desde el 1 de julio de 2021, afectando a diferentes aspectos. Vid. «La AEAT aclara dudas sobre la aplicación del nuevo régimen del IVA al comercio digital», en *Carta Tributaria* n.º 78, septiembre 2021.

³⁶ Garrigues despacho, «Big data», campañas de cumplimiento, COVID-19... así será la comprobación de las operaciones vinculadas en 2021, 09/02/2021, en Expansión, disponible en <https://www.expansion.com/blogs/garrigues/2021/02/09/big-data-campanas-de-cumplimiento-covid.html>.

de Estudios Fiscales –en 2020– referido a 2019³⁷ concluye que «una proporción del 7% de los entrevistados se abstiene de manifestar su opinión al respecto. Entre quienes sí la ponen de manifiesto, el 55% piensa que el grado de cumplimiento fiscal ha mejorado en la última década mientras quienes opinan lo contrario suman el 38%. Respecto de mediciones anteriores, vemos cómo el porcentaje de individuos que considera que el cumplimiento del pago de impuestos ha empeorado a lo largo del periodo 1998-2019 presenta un valor sustancialmente mejor que el de los años inmediatamente anteriores (52% en 2018, 73% en 2017 y 74% en 2016)». La opinión general es que hay mucho fraude fiscal: más de la mitad de los encuestados (61%) considera que el fraude fiscal ha aumentado. En este caso, sin embargo, la tendencia es claramente descendente, puesto que en la última década, el porcentaje medio de encuestados que consideraban que el fraude fiscal aumentaba era del 82%. Por otra parte, el estudio de 2021 del Centro de Investigaciones Sociológicas³⁸ refleja que más del 90% de los ciudadanos cree que en España existe mucho o bastante fraude fiscal y un 61% considera que la Administración hace pocos o muy pocos esfuerzos para evitarlo.

Para concluir, la criminología clasifica el delito fiscal como delito de cuello blanco. Debido a su naturaleza económica es importante comprobar si la burocratización del sistema económico estimula comportamientos delictivos por una falta de regularización de los deberes económicos respecto del Estado (evasión de impuestos, fraudes de subvenciones, defraudaciones a la Seguridad Social, etc.). Son necesarios mejores instrumentos y recursos en la Agencia Tributaria, como se ha comprobado, pero también desde las instancias penales –especialmente desde la Fiscalía General del Estado y la Abogacía del Estado–. Por último, conocer y combatir el fraude y el delito fiscal es una cuestión de justicia social y económica irrenunciable para la criminología y el derecho penal.

³⁷ NAVAS ROMÁN, N. (coord.), *Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2019*, Instituto de Estudios Fiscales. 2020, pp. 32 y ss. Disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2020_09.pdf.

³⁸ Centro de Investigaciones Sociológicas, *Opinión pública y política fiscal (XXXVIII)* Estudio n.º 3332 Julio 2021, disponible en http://datos.cis.es/pdf/Es3332marMT_A.pdf y en <http://analisis.cis.es/cisdb.jsp?ESTUDIO=3332>.

¿Existe un especial elemento subjetivo del tipo en los delitos contra el honor?*

Carlos Martínez-Buján Pérez
Catedrático de Derecho penal
Universidad de A Coruña



* Este trabajo, que versa sobre una materia brillantemente estudiada por él¹, está dedicado a mi querido amigo Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, ejemplo de universitario cabal por los cinco costados (obviamente, el número de cinco se explica por ser Ignacio de otra dimensión, como el *gravitón*), como testimonio de mi admiración, de mi agradecimiento y de mi afecto.

SEGÚN UNA OPINIÓN tradicionalmente dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, el *animus iniuriandi* se ha venido concibiendo como un elemento subjetivo del tipo (o del injusto, con arreglo a la terminología más usual) en los delitos contra el honor, singularmente en el delito de injuria.

En concreto, se ha argüido al respecto que se trata de un elemento que expresa una tendencia intensificada y que debe ser deducido tácitamente del sentido de los tipos penales, dado que no aparece descrito explícitamente por el legislador².

Sin embargo, de conformidad con los presupuestos que, a mi juicio, deben ser asumidos con respecto a la naturaleza y a la función de los

¹ Vid., entre otros trabajos, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid 1987.

² Vid. indicaciones, por todos, en RAGUÉS VALLÈS, R., «Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?», en *LH Santiago Mir Puig*, Bdf, Madrid 2017, p. 816.

denominados especiales elementos subjetivos del tipo³, hay que llegar a la conclusión de que –ya con carácter general– deben ser rechazados todos aquellos elementos que, con arreglo a la interpretación usual, dan lugar a los denominados delitos de tendencia intensificada.

De hecho, la mayor parte de los ejemplos que se mencionan en la doctrina y en la jurisprudencia no aparecen descritos explícitamente⁴ por el legislador en los tipos penales, sino que son deducidos tácitamente: esto

³ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los elementos subjetivos en la antijurisdicción*, Tirant lo blanch, Valencia 2021, pp. 65 ss., 131 ss. y 263 ss. Dicho de modo muy resumido, los elementos subjetivos del tipo (entendido este como *tipo de acción*) solo poseen sentido cuando se conciben como características definitorias (puramente gramaticales) imprescindibles para definir la acción y afectan exclusivamente a la pretensión de relevancia (la primera pretensión de validez de la norma penal), en la medida en que hay clases de acciones que no podrían ser definidas sin tales elementos subjetivos. Expresado con mayor precisión, cabe afirmar que los elementos subjetivos del tipo se caracterizan por *añadir* algo (algo relacionado con la referida pretensión de relevancia, trátese de la pretensión puramente *conceptual*, vinculada a la descripción del tipo de acción, trátese de la pretensión de ofensividad, vinculada a la dimensión valorativa del tipo de acción) a la conducta típica *objetivamente* descrita, de tal forma que le confiere un *significado* distinto, cumpliendo, pues, una función *definitoria*; el elemento subjetivo hace surgir así una nueva *acción*, con una relevancia penal específica diferente de la que poseería la acción integrada sólo por los términos típicos objetivos, de tal manera que sin el elemento subjetivo la conducta sería ya irrelevante para el Derecho penal o integraría un tipo penal diferente. Así caracterizados, los elementos subjetivos (que, a mi juicio deberían ser siempre elementos de *intención*, dado que no son admisibles elementos de *tendencia intensificada* ni elementos de *expresión*) desempeñan, pues, la misión que corresponde a cualquier otro elemento del tipo de acción, esto es, aportan la necesaria relevancia penal o la necesaria ofensividad a la figura delictiva, relevancia y ofensividad que el legislador no puede (o no quiere) describir a través de un elemento objetivo. Y la única matización que podría añadirse es la de que en algunos casos la utilización del elemento subjetivo sirve para anticipar (*materialmente*) la línea de punibilidad, puesto que comporta castigar el tipo de acción construido como delito de intención con una pena superior a la que correspondería a una tentativa del delito, que surgiría si se incorporase al tipo penal el segundo acto o el resultado que constituyen el objeto del citado elemento subjetivo.

⁴ No cabe desconocer que, de *lege lata*, pueden identificarse también algunos ejemplos de elementos subjetivos que aparecen *explícitamente* descritos en los tipos penales y que, según un sector doctrinal y jurisprudencial, podrían ser interpretados como expresivos de una tendencia intensificada, como sucede, v. gr., con el «ánimo de ultraje» (art. 526), los «motivos racistas, antisemitas u otros...» (art. 510-1) o el «manifiesto desprecio por la vida de los demás» (art. 381-1). Sin embargo, a mi juicio, en tales preceptos la vertiente subjetiva se agota en el dolo y dichos elementos o bien resultan completamente superfluos (cosa que sucede en el primer caso) o bien carecen de todo sentido concebidos como elementos subjetivos y deben ser interpretados en sentido objetivo (cosa que sucede en los otros dos casos). Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los elementos subjetivos*, pp. 278 ss. y 304 ss.

es lo que sucede, señaladamente, con el *animus iniuriandi* en el delito de injuria, del mismo modo que acontece también, por ejemplo, con el ánimo libidinoso o de involucrar a otro en un contexto sexual en diversos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales⁵.

Ciertamente, hay que reconocer que modernamente la doctrina y la jurisprudencia han ido acotando progresivamente el campo de los clásicos «*animi*», caracterizados como elementos anímicos que se venían a añadir al dolo genérico y que tradicionalmente venían siendo calificados como «dolo específico» (así, se venía aludiendo, v. gr., a un *animus necandi, laedendi, etc.*), del que se extraían consecuencias dogmáticas que iban más allá de las que se deducirían de su entendimiento como simple dolo genérico (en la práctica totalidad de los casos, para fundamentar una absolución que no se sabía fundamentar de otro modo). Y, efectivamente, en la inmensa mayoría de casos tales *animi* son el dolo referido a aquello que objetivamente requiere el tipo, con lo cual no vienen a añadir nada al conocimiento y a la voluntad propios del dolo⁶.

En lo que atañe, en particular, al *animus iniuriandi* en el delito de injuria⁷, hay que convenir con la opinión doctrinal actualmente dominante⁸ en que no hay razón alguna para exigir un elemento subjetivo más allá del dolo. Es cierto que la tesis de reconocer un elemento subjetivo ha gozado de cierta tradición en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia. Sin embargo, esa tradición se vio quebrada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en la que inequívocamente se descarta el expediente del *animus iniuriandi* para justificar la impunidad de determinadas injurias efectuadas con fines legítimos, como singularmente los relativos a la crítica política, y se opta por acudir al ejercicio de las libertades de

⁵ Vid., por todos, RAGUÉS, en *LH Santiago Mir*, 2017, p. 816.

⁶ Vid. GUARDIOLA GARCÍA, J., «Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general», en *RDPP*, n.º 6, 2001, p. 81.

⁷ Sobre este elemento subjetivo, vid. por todos, con amplitud, indicaciones en FUENTES OSORIO, J. L., «Elemento subjetivos en los delitos contra el honor», en *EPCR*, XXIX, 2009, pp. 271 ss.

⁸ Vid. ya SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del *animus iniuriandi* en el delito de injurias», en *ADPCP*, 1994, pp. 141 ss. Vid. además, por todos, GUARDIOLA, *RDPP*, 2001, p. 85, LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos contra el honor*, Tirant lo blanch, Valencia 2002, pp. 133 ss., RAGUÉS, en *LH Santiago Mir*, p. 821, COCA VILA, I., en SILVA SÁNCHEZ (dir.) / RAGUÉS VALLÉS (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed., Atelier, Barcelona, 2019, p. 199. La opinión contraria es en la actualidad minoritaria: vid. singularmente MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 22.ª ed., Tirant lo blanch Valencia 2019, p. 283, LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 2016, L.16/10.

expresión e información, que son las que deben resolver el conflicto que se plantea con el derecho al honor⁹. En suma, son los criterios objetivos de ponderación característicos del nivel de la antijuridicidad los que deben ser utilizados aquí y no el arcaico recurso del elemento subjetivo¹⁰. Y ello ha sido reconocido también modernamente en diversas sentencias de nuestro TS, en las que se explica que el referido elemento subjetivo no se distingue conceptualmente del contenido del dolo¹¹.

Ahora bien, sentado lo que antecede, hay que preguntarse todavía si es posible prescindir por completo de la subjetividad en los delitos citados.

La razón de ser de este interrogante proviene de una aguda reflexión llevada a cabo por RAGUÉS y que constituye el eje central de su trabajo sobre los elementos subjetivos «no escritos» o «implícitos». En efecto, una vez que ha descartado que en algunos delitos (como singularmente sucede en el ámbito del honor) se contenga un especial elemento subjetivo del injusto implícito o no escrito, se plantea este penalista la cuestión de si «todo el contenido de lesividad del delito queda ya recogido en la realización externa del hecho que se subsume en el tipo objetivo de injusto, a lo sumo con la adición del dolo (...), sin que la presencia de ciertas motivaciones internas por parte del sujeto activo aporte nada relevante al hecho en términos de antijuridicidad material»¹².

⁹ Vid. por todos ya VIVES ANTÓN, T., en VIVES ANTÓN (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia 1993, pp. 677 ss.

¹⁰ Vid. por todos RAGUÉS, en *LH Santiago Mir*, p. 821, y bibliografía citada, y el ATS 25-4-2016. En la doctrina extranjera también se viene a reconocer que en los delitos contra el honor este problema debe ser resuelto en sede de antijuridicidad. En la doctrina italiana vid. PICOTTI, L., *Il dolo specifico: un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 106 y 109.

¹¹ Vid. indicaciones jurisprudenciales en LAURENZO, *Los delitos*, pp. 133 s., n. 347 y en RAGUÉS, *LH Santiago Mir*, pp. 819 s. Vid., p. ej., la contundente STS 1023/2012, con relación al delito de calumnia, y el ATS 25-4-2016, con respecto al delito de injuria.

Incluso quienes, como MOLINA FERNÁNDEZ, F., (*Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona 2001, pp. 734 ss.), consideran que en la injuria —como «acto eminentemente comunicativo»— lo decisivo es (al igual que sucede en los delitos contra la libertad sexual con el ánimo lúbrico) «el sentido que le atribuye la víctima al hecho en función de lo que él cree que es la intención injuriante» y que «el ofensor sepa (o pueda saber) que lo que profiere tiene un significado injuriantes para su destinatario», subrayan que no cabe identificar un elemento subjetivo del tipo, dado que «ni siquiera lo que *verdaderamente* era la intención del injuriantes (su *animus iniuriandi*), tiene trascendencia» (cursiva en el original).

¹² Vid. RAGUÉS, *LH Santiago Mir*, p. 822. Insisto en que este penalista parte de la base de que el abandono de los elementos subjetivos del injusto «supone un acierto, tanto en términos sustantivos como procesales»; pero lo que sucede es que «permanecen ciertas dudas sobre la posibilidad y conveniencia de prescindir absolutamente de la valoración de los aspectos subjetivos cuando estos trascienden».

Mi propósito es, obviamente, examinar esta cuestión desde la óptica de la concepción significativa y, en particular, de conformidad con la referida caracterización de los elementos subjetivos del tipo de acción, que –según creo– ofrecen una perspectiva de análisis parcialmente diferente de la que lleva a cabo RAGUÉS.

Limitándome aquí a exponer las conclusiones a las que llega este penalista, cabe subrayar que RAGUÉS, por una parte, afirma que «la eliminación por la jurisprudencia de pretendidos elementos subjetivos del tipo como el ánimo lúbrico o el ánimo infamante debe acogerse positivamente, pues no se trata de elementos subjetivos entendidos como requisitos de necesaria concurrencia para la aplicación, en cualquier caso, de un determinado tipo penal»; ello no obstante, a renglón seguido, añade que «sin embargo, en la determinación del posible carácter sexual o difamatorio de determinados actos cuya naturaleza objetiva es dudosa, la exteriorización de la motivación subjetiva puede todavía desempeñar un papel relevante, en la medida en que contribuya a configurar el contexto necesario para una adecuada valoración de tales hechos. De este modo, el significado que internamente el sujeto activo atribuya a un hecho deja de ser un elemento subjetivo del tipo para convertirse en un factor más a tener en cuenta en la valoración social del hecho y, por ende, en el juicio propio de la tipicidad objetiva». Sobre la base de tales premisas, RAGUÉS agrega finalmente que «la conclusión alcanzada supone, ciertamente, privar a estos elementos del papel determinante que les había atribuido la jurisprudencia más tradicional. Así, la constatación de que el sujeto obró con un determinado ánimo –lúbrico o difamatorio– no impone que el hecho deba ser considerado necesariamente constitutivo de un delito contra la libertad sexual o contra el honor, sino que *tal circunstancia es un factor más de valoración objetiva del hecho susceptible de ser ponderado junto con muchos otros factores contextuales*. Al contrario, en ciertos supuestos la ausencia de dicho factor subjetivo no será obstáculo para afirmar el carácter sexual o injurioso de una determinada actuación. Una propuesta con la que, en el plano sustantivo, parecen alcanzarse soluciones más equilibradas que con las posiciones objetivistas y subjetivistas extremas y que, por añadidura, desde un punto de vista procesal otorga la posibilidad de revisar estas valoraciones en una segunda instancia, al afectar al juicio de subsunción de un elemento objetivo y no a la constatación de un hecho psíquico»¹³.

Ante las conclusiones obtenidas por RAGUÉS, veamos los puntos de acuerdo.

¹³ RAGUÉS, *LH Santiago Mir*, p. 827 (cursiva en el original).

En primer lugar, comparto, como es obvio, la idea de que los motivos internos solo pueden ser concebidos en Derecho penal como componentes de un sentido exteriorizado¹⁴ y que, en algunos casos, determinados ánimos (no identificables con el dolo) pueden todavía desempeñar un papel relevante, en la medida en que (como un factor más de valoración objetiva del hecho susceptible de ser ponderado junto con muchos otros factores contextuales) contribuya a configurar el contexto necesario para una adecuada valoración social del hecho en el juicio propio de la tipicidad (objetiva).

Ahora bien, así caracterizados, estos ánimos se vendrían a identificar exactamente con los elementos subjetivos del tipo de acción, definidos según los presupuestos de la concepción significativa (no según la concepción tradicional, claro es), o sea, serían «momentos de la acción» que contribuyen a definir la tipicidad en la primera pretensión de validez de la norma penal (la pretensión de relevancia). Ciertamente, hay que introducir un matiz muy importante: RAGUÉS entiende que tal motivación subjetiva no solo es contingente, sino que, en particular, solo se tendría en cuenta en determinados supuestos o casos-límite (allí donde la «naturaleza objetiva del hecho es dudosa») y además como un factor más, que tiene que ser ponderado con otros muchos factores contextuales con el fin de eliminar la equívocidad de la conducta objetiva. Pero esta importante matización no afecta a la naturaleza sustancial de tal motivación subjetiva: con arreglo a la concepción significativa tendríamos que afirmar que el *animus iniuriandi* (al igual que, v. gr., el ánimo lúbrico) sería un genuino elemento subjetivo del tipo de acción implícito o no escrito, por mucho que podamos matizar que se trataría de un elemento contingente (en la mayoría de los supuestos no existiría) y que, en caso de que deba ser tomado en consideración, tampoco sería un factor decisivo, dado que tendría que ser ponderado con otra serie de factores de variada índole.

¹⁴ De hecho, el propio RAGUÉS, *LH Santiago MIR*, reproduce en p. 826, n. 41, la caracterización que, a partir de la concepción significativa, propone VIVES (*Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 2011, p. 271) para los elementos subjetivos: estos han de entenderse, «no como procesos internos semejantes a los físicos –como cosas que ocurren en el fondo del alma– sino como momentos de la acción, como componentes de un sentido exteriorizado, de algo que no es –ni puede ser– secreto» (la cursiva es mía, y, lo que con ella se expresa, es muy relevante, según expongo a continuación en el texto). Y a mayor abundamiento cita también RAGUÉS (*LH Santiago MIR*, p. 826, n. 43) la opinión de GUARDIOLA (*RDPP*, 2001, p. 274) –inscrita asimismo en el pensamiento de la concepción significativa– cuando este escribe que «lo que requiere el tipo es que la acción, además de integrar aquello que se describe objetivamente, exteriorice un determinado sentido».

Efectuada esta aclaración metodológica, podemos entonces entrar a dilucidar si tal «motivación subjetiva exteriorizada» puede poseer alguna relevancia en la determinación de la tipicidad de determinados casos dudosos.

A mi juicio, no cabe descartar de plano la referencia a una motivación subjetiva en el sentido apuntado por RAGUÉS, pero con una serie de importantes matices. Por un lado, se trataría de casos muy excepcionales, dado que entiendo que (con base en las premisas que asumo) en ejemplos como los relatados por este penalista¹⁵ existiría ya el tipo de acción de los delitos contra el honor (o contra la libertad sexual) sin necesidad de recurrir a la constatación de la motivación subjetiva¹⁶. Por otro lado, en tales supuestos la motivación subjetiva tendría que ser valorada en la acreditación del dolo, que, según el enfoque que personalmente asumo, requiere un elemento volitivo. En efecto, para la constatación del dolo no es suficiente la presencia del elemento intelectual, sino que además hay que acreditar la concurrencia de un elemento volitivo (por supuesto, a partir de criterios normativos), que permita asegurar que el autor *quiso* realizar el tipo de acción de que se trate¹⁷. Pues bien, comoquiera que el tipo de acción incluye el desvalor de resultado, la afirmación del dolo en la conducta del autor necesitará acreditar que el sujeto no solo quiso realizar la vertiente fáctica del tipo de acción, sino que además quiso vulnerar el bien jurídico protegido en tales delitos.

En fin, la posible (limitada y contingente) incidencia que pueda tener una motivación subjetiva en el sentido que vengo relatando deberá ser valorada al examinar la concurrencia del dolo, y, en concreto, de su

¹⁵ Vid. esos ejemplos en RAGUÉS, *LH Santiago MIR*, p. 825.

¹⁶ Esta posición que mantengo para definir el tipo de acción en los mencionados delitos puede, pues, inscribirse en el criterio que RAGUÉS denomina «objetivista». Eso sí, con el importante matiz de que, a mi juicio, tiene que basarse en todo caso en un enfoque intersubjetivo, que va más allá del proceso comunicativo entre autor y víctima, un enfoque que este penalista adopta también como básico punto de partida (sobre el que después él introducirá, en su caso, la motivación subjetiva). Vid. RAGUÉS, *LH Santiago MIR*, pp. 824 s.; vid. asimismo, a favor del enfoque intersubjetivo, GUARDIOLA, *RDPP*, 2001, p. 87. Así, no hay duda de que, con arreglo al CP español, en el caso relatado por RAMOS VÁZQUEZ, J.A., (*Política criminal, cultural y abuso sexual de menores*, Tirant lo blanch, Valencia 2016, p. 125) de la tribu de los Sambia habría un delito contra la libertad sexual, aunque no se demostrase la existencia de un ánimo de gratificación erótica en los hombres adultos que obligan a los adolescentes a realizarles una felación seguida de ingestión de semen, siguiendo su ritual de entrada en la vida adulta. Enjuiciados conforme a nuestro Derecho, supuestos como este integrarían el tipo de acción de dicho delito y tendrían que ser tratados, en su caso, según las reglas del error sobre la prohibición o las del error culturalmente condicionado.

¹⁷ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los elementos subjetivos*, pp. 152 ss.

elemento volitivo, sin que afecte en nada a la determinación de la antijuridicidad material u objetiva, que existe ya con la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo y que habrá de determinarse exclusivamente con arreglo a criterios objetivos.

Por lo demás, repárese en que esto último permitirá poder castigar a los partícipes que hubiesen contribuido a la realización de un tipo de acción objetivamente (intersubjetivamente) constitutivo de un delito contra el honor (realización que sería ya suficiente para admitir el castigo de la participación, según el criterio de la accesoriidad mínima objetiva que vengo propugnando¹⁸), siempre que pudiese acreditarse en ellos la existencia de un dolo dirigido a cooperar en esa acción, aun cuando no pudiese ser demostrado que el autor hubiese obrado con el dolo de atentar contra el honor.

¹⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La accesoriidad cualitativa de la participación», en EPCR, XL, 2020, pp. 855 ss. Se trata de una «accesoriidad lógica o gramatical», que debe ir referida meramente a la realización de un tipo de acción por parte del autor, considerando, pues, suficiente para admitir el castigo de la participación la realización de una conducta penalmente típica por parte del autor, sin necesidad de requerir que esa conducta típica sea además antijurídica en el sentido en el que se expresa la opinión dominante (esto es, en el de que no concurra en el autor una de las denominadas causas de justificación) y sin necesidad de requerir tampoco que el autor hubiese infringido su norma personal de conducta (o sea, hubiese obrado con dolo o imprudencia).

La conformación de la cláusula umbral en el delito de ecocidio

Prof. Adán Nieto Martín
Universidad de Castilla la Mancha



I. IGNACIO BERDUGO

UTILIZANDO ESA PALABRA que a veces suena tan extraña fuera del ámbito académico, Ignacio Berdugo ha sido un maestro, cuyas enseñanzas trascienden a lo puramente académico y se adentran en el terreno de lo vital. Descubrí Latinoamérica casi literalmente de su mano. Guiado por una energía que sólo es explicable por su antigua condición de jugador de rugby, sus acompañantes íbamos tras él con la lengua fuera recorriendo aeropuertos, mientras nos hacía introducciones a la historia y la cultura de los países que visitábamos. Su entusiasmo llegaba al máximo cuando nuestra estancia tenía lugar en alguna universidad fundada por Salamanca, como la Universidad de San Marcos en Lima o la Universidad Autónoma de Nicaragua en León. Tres días en cualquier país de Latinoamérica con él equivale a a un máster intensivo, con inmensas notas a píe de página plenas de referencia bibliográfica y anécdotas. Después durante años, como otros muchos, he gozado de su hospitalidad y la de los suyos en masters, cursos de doctorados y congresos en Salamanca, donde me he ido empapando también de su entusiasmo por la Universidad. Si tuviera que resumir lo más importante, Ignacio me ha enseñado que un rasgo esencial, básico y definitorio de la Universidad española: que debe situarse, comprenderse y actuar, como diría Octavio Paz, dentro del territorio de la lengua de Cervantes y que, por tanto, debe estar necesariamente al servicio y entenderse también como parte las universidades de Latinoamérica. Muchas gracias por todo ello.

II. EL GENOCIDIO Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL «POST-NÜREMBERG»

Afortunadamente para el planeta, en los últimos años se ha extendido la opinión que es necesario crear un delito de ecocidio, como parte del Derecho penal internacional penal¹. La propuesta tiene ya un amplio recorrido². En el terreno político, Olof Palme abogaba ya por su inclusión en la primera conferencia sobre el clima celebrada en Estocolmo en 1972, a la vista de las atrocidades cometidas por el ejército americano en la guerra de Vietnam con el denominado «agente naranja». Recientemente otro líder mundial, como es el Papa Francisco, requería también su inclusión, en su importante alocución al XX Congreso de la AIPD en el otoño del 2019³. En el ámbito de lo jurídico, son ya muchos los países que de lege data cuentan con un delito de ecocidio en su derecho penal interno. El primero en incluirlo fue Vietnam, lo que conecta con las atrocidades antes referidas,

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación REPMULT sobre responsabilidad de empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente. (DER2017-85144-C2-1-P). Para una mayor información sobre el mismo: <http://blog.uclm.es/repmult/>.

En trabajos previos me he ocupado ya de diversos aspectos del delito de ecocidio, por lo que en éste me ceñiré únicamente a la discusión en torno a la «cláusula umbral». Vid. NIETO MARTÍN, A., *Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente*, REDUAM; ibidem, *El Derecho penal internacional del cambio climático*, Libro Homenaje al Prof. Diego Luzón Peña, Editorial Reus, 2020, este mismo trabajo con alguna consideración adicional se ha publicado también en JD, 2020, 98, p. 61 ss. Sobre las sanciones aplicables al delito de ecocidio me he ocupado en NIETO MARTÍN, A., *Justice restaurative et sanctions pour un droit penal International de l'environnement*, en Neyret L. (dir), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015. Más recientemente, aunque no ciñéndome en exclusiva al ecocidio sino a cualquier violación grave de derechos humanos realizada por empresas multinacionales, NIETO MARTÍN, A., *Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas*, en *Ecocidio: un giudice penale internazionale per i «crimini contro la terra»?*, La Legislazione penale, 17.3.2021 (Nieto-Martin-forum-ecocidio-1.pdf (lalegislazionepenale.eu))

² Vid. por ejemplo los distintos trabajos DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Hacia un Derecho penal internacional medioambiental: catástrofes naturales y ecocidio*, en Demetrio Crespo/ Nieto Martín, *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2011; GARCÍA RUIZ, A., *Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica*, REDPC 20-11, 2018, p. 8 ss; SERRA PAOLO, P., *Ecocidio: la odisea de un concepto con aspiraciones jurídicas*, Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. X, 2019, p. 1 ss.

³ *Discurso del Santo Padre a los participantes en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal*, en MUÑOZ DE MORALES (ed.), *Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes* (<https://blog.uclm.es/repmult/publicaciones/>).

el último Francia⁴. Existe incluso ya un delito de ecocidio, tipificado entre los crímenes de guerra, que se encuentra tanto en el estatuto de Roma como en la mayor parte de las legislaciones nacionales. De *lege ferenda*, o más bien *desiderata*, encontramos diversas propuestas. De un lado propuestas oficiosas, como la que figuraba en el proyecto de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1991⁵. De otro, propuestas académicas, en este punto destacan tres. La efectuada por la activista Polly Higgins⁶, la que efectuó el grupo de trabajo dirigido por Laurent Neyret⁷, y la más reciente de todas, la acuñada a partir de la iniciativa del gran escritor y profesor de Derecho internacional Philip Sands, en el marco del grupo de expertos Stop Ecocide⁸.

Son muchas las diferencias, aunque también los consensos, que existen entre todas las propuestas. Por ejemplo, existe un amplio acuerdo a la hora de definir el resultado del delito de ecocidio, como daño grave, duradero y extendido al medio ambiente. Igualmente se han identificado aspectos complejos en su elaboración, como es singularmente la redacción del tipo subjetivo, lo que se concreta en la posibilidad de sancionar la imprudencia en el marco derecho penal internacional o en definir de manera amplia el dolo eventual. Sin embargo, la piedra de bóveda a la hora de construir esta figura reside en otro punto y plantea una discusión de enorme trascendencia. El delito de ecocidio como posible quinto *core crime* puede suponer, en cierta medida, una alteración genética del Derecho penal

⁴ Una recopilación de textos legislativos pueden encontrarse en Ecocide Law (<https://ecocidelaw.com>).

⁵ Art. 26 del Proyecto de Código contra la paz y la seguridad humana de 1991, que castigaba la causación intencional de daños al medio ambiente graves, duraderos y extendidos, vid. *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Documento sobre los crímenes contra el medio ambiente elaborado por Sr. Christina Tomuschat, miembro de la Comisión, con relación al proyecto de Código de 1996*, UN Doc ILC (XLVIII)/DC/CRD.3, 27 de marzo de 1996.

⁶ HIGGINS, P./SHORT, D./SOUTH, N., Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide, *Crime, Law and Social Change*, vol. 59, Issue 3, 2013, p. 260.

⁷ NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015. La propuesta traducida, y con comentarios, puede también verse en MUÑOZ DE MORALES (ed.), *Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes* (<https://blog.uclm.es/repmult/publicaciones/>).

⁸ Vid. Stop Ecocide Fundation, Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary June, 2021 (<https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201do3407f/1624368879048/SE+F>)

internacional, en cuanto que exige replantear los cimientos sobre los que desde los procesos de Nüremberg se construye este derecho⁹.

El «modelo Nüremberg» tiene cinco grandes características que impregnan los elementos tipos básicos del derecho penal internacional y más aún si cabe su interpretación y aplicación práctica. La primera de ellas es la que se refiere a una criminalidad que es producto de conflictos bélicos o se produce en su entorno. Por ello, la mayor parte de las conductas que en él se tipifican tienen carácter violento y por esta razón, dicho sea de paso, en el tipo subjetivo, nunca ha existido una seria necesidad de plantearse la incriminación de la imprudencia. La segunda, no menos importante, es que el Derecho penal internacional va indisolublemente ligado a la criminalidad estatal o para estatal. Se trata de dar respuesta a una violencia institucionalizada que proviene de una organización que, aunque no sea propiamente un estado, controla un territorio y es capaz de ejercer la violencia a gran escala sobre las personas que en él se sitúan¹⁰.

La tercera es que solo las personas físicas y no las jurídicas son responsables en el Derecho penal internacional. Esta es una decisión que se atribuye, no sé si de manera correcta, directamente al legado de Nüremberg. La narrativa oficial del Derecho penal internacional nos cuenta que uno de sus objetivos principales fue subrayar la responsabilidad del individuo frente a la organización estatal, se trataba de impedir que los responsables individuales pudieran esconder su responsabilidad, camuflados en la responsabilidad del estado que hasta ese momento había sido el protagonista exclusivo del derecho internacional. Declarar la responsabilidad de las personas jurídicas, algo que se discutió muy seriamente durante los juicios, contradecía este discurso¹¹.

⁹ En lo que sigue vid. las reflexiones de FRONZA, E., *Sancire senza sanzionare?. Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecicidio*, en *Ecicidio: un giudice penale internazionale per i «crimini contro la terra»?*, La Legislazione penale, 17.3.2021 Fronza_LP.pdf (lalegislazionepenale.eu).

¹⁰ Cfr. BASSIOUNI, Ch., *Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity*, en Sadat L. (ed), *Forging a convention for crimes against humanity*, Cambridge University Press, 2011, quien mantiene que la Conferencia Diplomática que redactó el Estatuto de la Corte pensó exclusivamente en el Estado y sus agentes como únicos actores y que iría contra la voluntad de los redactores aplicarlo a actores no estatales.

¹¹ Para desentrañar la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los juicios de Nüremberg son fundamentales BUSH, J., *The prehistory of corporations and conspiracy in International criminal law: what Nüremberg really said*, *Columbia Law Review*, 2009, Vol 109, p. 1094 y ss; PREMIEL, K.C., *Mehr Exemple als Modell: Die Nüremberg Prozesse gegen duetsche Industrielle und die Ursprünge des Wirtschaftswölkerstrafrechts*, en Jessberger F./Kaleck W./Singelstein (hrsg.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, Nomos, 2015.

La cuarta característica tiene que ver con el objeto de protección. Aunque normalmente su marco de acción se conecta con la paz y seguridad mundiales, en realidad si hubiera que establecer un bien jurídico común o categorial del Derecho penal internacional, este sería los derechos humanos¹². El Derecho penal internacional constituye la última ratio del Derecho internacional de los Derechos humanos. Lo que justifica que la comunidad internacional, intervenga en la soberanía de los estados y se considere legitimado para ejercer el *ius puniendi* contra sus nacionales es la violación masiva de derechos humanos de primera generación, como la vida o la integridad física¹³.

La quinta y última característica es que es un derecho penal fuertemente orientado a la retribución como fin principal de la pena. La retribución fue la teoría de la pena dominante en Nüremberg donde se trataba de hacer justicia¹⁴. Nadie ha cuestionado todavía seriamente por ello las penas de muerte impuestas, ejecutadas en ocasiones de manera atroz, o las prisiones a perpetuidad.

Frente a estas características, el delito de ecocidio representa la punta de lanza de un nuevo modelo «post Nüremberg» al que podrían sumarse otras figuras, como el denominado delito de expolio de riquezas o patrimonicidio¹⁵. Este modelo tendría una genética distinta, con rasgos morfológicos que superan y complementan el modelo anterior y que están

¹² Cfr. GIL GIL, A., en Gil Gil, A./Maculan, E. (dir.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, 2019, p. 42 s.

¹³ Cfr. con referencias ARENAL LORA, L., *Crímenes económicos en Derecho internacional: propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*, Aranzadi, 2019, p. 249.

¹⁴ Ideas como que el fundamento del Derecho penal internacional es la lucha contra la impunidad, la creación de un relato histórico, alcanzar la reconciliación y así mantener la paz y la seguridad están más cercanas a diversas formas de neoretribucionismo que a las teorías relativas de la pena. Para una panorámica de esta cuestión MACULAN, E., en Gil Gil A./Maculan E. (dir.), *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 375 ss.

¹⁵ La bibliografía sobre esta figura, que fue incluida en el proyecto de Crímenes contra la paz y la humanidad de 1991, al igual por cierto que el ecocidio, aunque desapareció posteriormente en el de 1996, vid. KOFELE KALE, N., *The International Law of Responsibility for Economic Crimes*, 2006; CASTILLO MONERREY, M., *El expolio de riquezas nacionales: un nuevo reto para el Derecho penal internacional*, en Demetrio Crespo, E./Maroto Calatayud, M. (dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, 2014, DE PABLO SERRANO, A., *El expolio de recursos naturales. de la green criminology a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente*, RGDP 3, 2020, desde una perspectiva criminológica BÖHM, M.L., *El delito de mal desarrollo*, en Mercado Pacheco P./Ramos Tapia M.I./Pérez Alonso E.J./Olarde Encabo (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas 2020*, p. 269 ss. Vid también las distintas intervenciones en el seminario *El expolio de riquezas como crimen internacional*, el 1 de julio de 2021

llamados a extender su radio de acción. En primer lugar, se trata de ahondar aún más en la construcción de un derecho penal internacional de tiempos de paz, puesto que está claro que los atentados contra los derechos humanos o el medio ambiente no son exclusivos de los conflictos bélicos. Por esta razón además los comportamientos típicos deben escapar de la noción de violencia. Conductas, normalmente lícitas como los vertidos, las emisiones, el transporte de mercancías etc. son la esencia de los delitos contra el medio ambiente y lógicamente su comisión imprudente o en la frontera del dolo eventual es lo más frecuente. En segundo lugar, y de manera aún más importante, el delito de ecicidio no puede reducirse a la criminalidad estatal o quasi estatal. Los protagonistas de los grandes atentados contra el medio ambiente son las empresas, fundamentalmente las grandes multinacionales extractivas. De aquí se deduce la necesidad de superar el *societas delinquere non potest* en el ámbito del derecho penal internacional. Se trata de un debate que no puede aplazarse por más tiempo. Un delito de ecicidio que no reconociera la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería tremendamente ineficaz. En cuarto lugar, el ecicidio, como las otras figuras antes citadas, implican superar la división entre derechos humanos de primera generación y segunda generación. Si algo debe caracterizar al Derecho penal internacional post-Nüremberg es que debe brindar también protección a los derechos económicos, sociales y culturales, donde habría que incluir al medio ambiente, que en el tiempo de formulación de la Declaración Universal de Derechos Humanos aún no había sido conceptuado¹⁶. Finalmente y en quinto lugar, el Derecho penal internacional debe orientarse, aun con mayor decisión que lo hace el Estatuto de la Corte Penal y sobre todo la praxis de los tribunales internacionales, a las víctimas y a la reparación del daño¹⁷. El que alguien ante un tribunal del primer mundo o un tribunal internacional, sea encarcelado o, en el caso de una empresa, obligado a pagar una multa astronómica, en

realizado en el marco del proyecto de investigación REPMULT (<https://blog.uclm.es/repmult/multimedia/>).

¹⁶ Fundamentales en este punto son las aportaciones de ARENAL LORA, L., *Las graves formas contemporáneas de victimización. Los crímenes económicos contra la humanidad*, Fundación para la Cooperación, API-Solidaridad en Acción, 2017 y posteriormente *Crímenes económicos en Derecho internacional: propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*, Aranzadi, 2019. El trabajo pionero en esta materia es SCHMID, E., *Taking economic, social and cultural rights seriously in International criminal law*, Cambridge University Press, 2015.

¹⁷ Sobre las órdenes de reparación dictadas hasta ahora por los tribunales internacionales vid., MACULAN, E., en Gil Gil A./Maculan E. (dir.), *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 385 s. Más ampliamente, vid. Orihuela Calatayud C., *Las víctimas y la corte penal interancional*, Aranzadi, 2014.

nada mejorará la vida de las personas afectadas por la catástrofe medioambiental. El nuevo Derecho penal internacional debe construirse tanto desde la perspectiva de la víctima como la del autor y orientarse fuertemente a prácticas de justicia restaurativa.

El entre el modelo clásico y el modelo post Nüremberg debe existir una línea de continuidad. Lo que exige que la creación del delito de ecocidio no se planté como una ruptura, frente a las novedades que requiere¹⁸. De hecho, también es un rasgo genético del Derecho penal internacional el que se trata de un sector en «movimiento constante» y en progresivo proceso de adaptación. Este es el verdadero sentido de la conocida «cláusula Martens», evitar la petrificación del derecho penal internacional, y permitir que sea permeable a nuevas formas de atentados contra los derechos humanos, en el marco de una tensión perpetúa, pero resoluble, con el principio de legalidad. Por esta razón, por ejemplo, y como ya se ha intentado podría proponerse una interpretación extensiva del delito de lesa humanidad que pudiera acoger algunas conductas que pueden ser calificadas como delito de ecocidio o de crímenes económicos contra la humanidad¹⁹.

Desde el punto de vista de la continuidad entre modelos el factor decisivo resulta la conformación de lo que se denomina clausula umbral, contextual o «*chapeau*»²⁰. La cláusula umbral tiene una función esencial en el Derecho penal internacional: deslindar aquellos delitos que por su extrema gravedad pueden justificar que el *ius puniendi* esté en manos de la comunidad internacional, de aquellos otros que pese a su gravedad no pueden superar este umbral y deben seguir conformando parte del Derecho penal nacional, aunque existan convenciones internacionales, derivadas de la cooperación entre estados, que los armonicen. La cláusula umbral es la que, en definitiva, estampa el sello de identidad al Derecho penal internacional, en cuanto que justifica por qué de manera excepcional, existe un auténtico *ius puniendi* fuera de los confines del estado, que rompe uno de los contenidos esenciales de la soberanía westfaliana, de acuerdo con la cual el *ius puniendi* es ejercido de manera exclusiva y excluyente por los estados dentro de su territorio. Por esta razón resulta, por ejemplo, clave para entender la diferencia entre lo que se ha dado en llamar

¹⁸ Cfr. FRONZA, E., *Sancire senza sanzionare?*, op. cit., p. 9 ss,

¹⁹ Vid. el estudio de casos realizado por ARENAL LORA, L., *Las graves formas*, op. cit., p. 71 ss, donde por ejemplo plantea la posibilidad de que casos como el de Texaco en la Amazonía ecuatoriana, puedan ser considerados supuestos de lesa humanidad.

²⁰ En el mismo sentido, aunque con carácter general a la nueva generación de crímenes económicos ARENAL LORA, L., *Los crímenes económicos contra la humanidad*, op. cit., p. 241, señala igualmente que es una discusión clave en relación al ecocidio FRONZA, E., *Sancire senza sanzionare?*, op. cit., p. 7.

derecho penal convencional o transnacional, del derecho penal internacional strictu sensu. En el primer escenario, pese a que exista un interés de la comunidad internacional en la protección de un bien jurídico, y por esta razón el delito en cuestión tiene carácter transnacional, la cláusula umbral no se supera. El Derecho penal transnacional o convencional se mueve aun en el terreno de la cooperación entre soberanos. Los estados pueden o no firmar convenciones, denunciarlas, establecer reservas, con lo que en definitiva se reservan el sí y el cómo los delitos transnacionales se aplican en su territorio; el lugar sagrado de la soberanía *westfalina*. El verdadero Derecho penal internacional por el contrario es un auténtico *ius puniendi* en manos ajenas a las del estado, sus delitos se establecen y aplican y sus penas se imponen con independencia de la voluntad de cada estado, con independencia de su derecho positivo y, desde luego, puede resultar de aplicación a actos cometidos también en su territorio, realizados incluso por sus dirigentes.

La cláusula umbral es de gran utilidad para reconocer los tres rostros diferentes que puede tener el delito de ecocidio y cuya no distinción oscurece notablemente la discusión en torno a esta figura. En efecto, su primera cara es la del ecocidio en tiempo de guerra, que se tipifica en el Estatuto de Roma como antes señalaba, entre los crímenes de guerra, y en la mayor parte de los Estados. Las infracciones al derecho internacional humanitario son el núcleo duro y tradicional del Derecho penal internacional, donde la existencia de un conflicto bélico y la protección de los combatientes y de la población civil – más en exclusiva de los estados atacados o invadidos – conforman el contexto o la cláusula umbral de los crímenes de guerra. Por encontrarse en la «zona de confort» del Derecho penal internacional la propuesta de ecocidio en tiempos de guerra se hizo pronto realidad. La segunda cara del ecocidio es la que lo conforma con un delito contra el medio ambiente de extraordinaria gravedad. Se trataría de la cúspide de los delitos contra el medio ambiente de cada país. Es por ejemplo el rostro que el ecocidio tiene en el Código penal francés y en la mayor parte de las legislaciones donde esta figura se ha incluido (Art. L-230-3). El tercer rostro del ecocidio es precisamente su formulación como *core crime* del Derecho penal internacional, lo que exige ineludiblemente plantear como discusión central el diseño de la cláusula umbral.

En lo que sigue, y partiendo de este planteamiento, examinaremos en primer lugar la evolución de la conformación de la cláusula umbral desde sus orígenes, a continuación se propondrá una reinterpretación de su sentido, que sin perder su esencia, conecte con la protección del medio ambiente. Como se verá igualmente en este apartado, esta reformulación resultará clave no sólo para la legitimación del ecocidio, sino que también

nos dará la pista para entender otros elementos esenciales del delito de ecocidio como crimen internacional: la construcción del tipo subjetivo y la centralidad que la responsabilidad penal de la persona jurídica debe tener en esta materia. Finalmente, y a la luz de estos resultados, se evaluarán las distintas propuestas que se han realizado recientemente sobre el delito de ecocidio.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA UMBRAL

Entender la configuración que actualmente tiene la cláusula umbral requiere hacer atender al proceso de gestación del delito de lesa humanidad²¹. La elección de relacionar el ecocidio con la lesa humanidad constituye un punto de partida ineludible. El Derecho penal internacional tiene dos grandes bloques, el que se conforma entorno a los conflictos bélicos y las infracciones al Derecho internacional humanitario, y el que gira en torno a las violaciones más graves a los derechos humanos, donde habría que incluir el medio ambiente. En este último terreno la piedra angular es el delito de lesa humanidad. Aunque las relaciones concursales en el Derecho penal internacional son muy discutidas, el genocidio constituye materialmente un supuesto agravado de esta figura. Igualmente, aunque el genocidio no contiene expresamente un elemento de contexto, como reconocen los Elementos de los crímenes solo es entendible dentro de un ataque generalizado y una pauta de conducta²². Por esta razón, el ecocidio como quinto crimen debe necesariamente partir de los cimientos de la lesa humanidad.

El delito de lesa humanidad surge en Nüremberg por las limitaciones que ya entonces mostraban los crímenes de guerra. Estos eran incapaces de sancionar las atrocidades que el régimen Nazi había realizado sobre sus propios nacionales, como ya había demostrado por otro lado el genocidio armenio durante el IGM, y por supuesto eran incapaces de sancionar las violaciones que se habían producido con antelación a 1939, año de inicio de la guerra. Por esta razón, ya desde los Acuerdos de Londres de 1945

²¹ En lo que sigue, me atengo fundamentalmente a los trabajos de MARQUEZ CARRASCO, C., *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, Universidad de Sevilla, 2008; ARENAL LORA, L., *Crímenes económicos en el Derecho Internacional*, op. cit., p. 25 ss; Perez Castillo.

²² GIL GIL, A., en Gil Gil A./Maculan E. (dir.), *Derecho penal internacional*, op. cit. p. 409, críticamente, admitiendo la posibilidad de un genocida en solitario, SATZGER, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, 2016, p. 365.

hay consenso sobre la necesidad de una nueva figura que complemente lo dispuesto en los crímenes de guerra.

El Estatuto de Nüremberg ofrecía una definición de la lesa humanidad en la que de un lado se hablaba de asesinatos, exterminio, esclavización, deportación y otros actos inhumanos contra la población civil y de otro de persecuciones por motivos políticos, raciales etc. En el proceso de gestación del Estatuto se pretendió que esta última modalidad, el delito de persecución, pudiera desvincularse del contexto bélico, por esta razón en la versión inglesa y francesa del tratado se incluía un punto y coma que marcaba claramente la diferencia entre ambas formas de lesa humanidad. Finalmente, y siguiendo la versión rusa y la opinión mucho más restrictiva de sus representantes, este punto y coma se cambió en las versiones definitivas por una coma. Pesa a que, con todo, hubiera sido posible una interpretación del Estatuto que desvinculara la lesa humanidad del conflicto bélico y juzgar los hechos acaecidos a partir de 1933, finalmente el tribunal optó por una opción restrictiva y solo se ocupó de lo acaecido a partir del inicio de la contienda. Esta doctrina continuó siendo mayoritaria en los diversos juicios que se realizaron por los tribunales en las zonas de ocupación. Pese a que la Ley n.º 10 del Control Aliado de 1945 suprimía totalmente la referencia a la guerra en la descripción de la lesa humanidad, los tribunales siguieron limitando sus competencias a los delitos realizados dentro del contexto bélico, si bien para ello acogieron una argumentación donde no quedaba claro si la existencia de un conflicto bélico operaba como un elemento del tipo penal del delito de lesa humanidad o se trataba de una circunstancia que resultaba necesaria para afirmar la competencia del tribunal.

En el largo periodo de hibernación del Derecho penal internacional, las convenciones internacionales sobre el delito genocidio, el delito de apartheid y la imprescriptibilidad del delito de genocidio desvinculan el derecho penal internacional del contexto bélico. Pese a esta desvinculación, aunque el conflicto bélico vuelva a reaparecer como una reminiscencia tardía en el estatuto del Tribunal Especial para Yugoslavia. En estos momentos había aparecido ya otro modo de entender la «cláusula umbral». La denominada sentencia sobre los *Einsatzgruppen* constituyó un hito dentro de la jurisprudencia de los tribunales de las zonas de ocupación relativa a la Ley n.º 10 de Control Aliado, al asentar con rotundidad que el delito de lesa humanidad no estaba vinculado a la aparición de estas conductas en el marco de conflictos bélicos y que su esencia residía en la generalización y sistematicidad del ataque²³. Esta opción sería la

²³ US v. Otto Ohlendorf. 10 de abril de 1948: «esta ley no está restringida a los acontecimientos de la guerra, sino que contempla la protección de la humanidad en

prevalente durante los trabajos preparatorios realizados por la Comisión de Codificación del Derecho Internacional a la hora de elaborar el proyecto de Código de delitos contra la paz y seguridad mundial. En el Proyecto de Código de 1991 y el de 1996 la cláusula umbral se describía en torno a dos elementos: «la comisión sistemática o en gran escala» y la «actuación instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo». En los trabajos, prácticamente coetáneos de redacción del Estatuto de Roma, esta opción tuvo lógicamente un peso considerable. Su art. 7.2 a la hora de describir en qué consiste el ataque sistemático o generalizado contra la población civil en el delito de lesa humanidad señala que los actos singulares deben ser consecuencia de una «línea de conducta» que esté en conformidad «con la política de un Estado o una organización de cometer ese ataque o para promover esa política».

La interpretación de esta cláusula umbral no es nada sencilla. Los términos «política», «organización», «ataque», sistemático», «línea de conducta» tienen un núcleo duro muy reducido y una importante zona de penumbra. A esta interpretación en nada ayuda el carácter descentralizado y plural que tiene la jurisprudencia penal internacional. En cualquier caso, y con el fin de iluminar la interpretación deben subrayarse las dos preocupaciones principales que subyacen en este debate. Como antes señalaba, la función típica de la cláusula umbral radica en elevar el grado del injusto típico de los *core crime* del Derecho penal internacional a un nivel cualitativamente distinto al de otros tipos de criminalidad grave, que pese a su gravedad no justifican la ruptura de la ecuación entre el ejercicio del ius puniendi y el estado. Más en concreto, se trata de un lado de dejar fuera del Derecho penal internacional los ataques generalizados o sistemáticos cometidos por grupos mafiosos o atentados terroristas²⁴. Una organización terrorista, como fue el caso de ETA o Al-Qaeda, puede desde luego realizar un ataque sistemático contra una gran parte de la población civil, como fue por ejemplo el atentado de Madrid del 2004. Con el fin de dejar fuera estos ataques, y pese a que el Estatuto de Roma además de estados habla de otro tipo de organizaciones políticas o incluso organizaciones sin más, existen grandes reservas a interpretar de manera amplia el término organización. Igualmente, y de otro lado, la interpretación de la nueva

todo momento...Los crímenes contra la humanidad son actos cometidos en el curso de una violación sistemática y a gran escala de la vida y la libertad», al respecto MARQUEZ CARRASCO, C., *El proceso de codificación*, op. cit., p. 58.

²⁴ Sobre esta cuestión extensamente PÉREZ CABALLERO, J., *El elemento político en los crímenes contra la humanidad. La expansión de la figura del crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanos en el sexenio 2006-2012*, Dykinson, 2015.

cláusula umbral, quiere dejar claro que por ejemplo un gran número de torturas en las comisarías de un país, no constituyen tampoco un delito de lesa humanidad en cuanto no respondan a una política común²⁵.

Son tres, básicamente, los elementos a discutir a la hora de interpretar la cláusula umbral y conocer sus límites. El primero de ellos es el tipo de organización del que debe provenir la política. Como indicábamos se ha impuesto una interpretación restrictiva, según la cual la organización debe guardar algún tipo de analogía con el Estado. En este sentido, algunas sentencias exigen la capacidad de la organización para controlar un territorio. De acuerdo con esta interpretación, podrían existir delitos de lesa humanidad cuando una organización terrorista, criminal o un ejército rebelde ataca de manera generalizada o sistemática a la población civil, en un territorio sobre el que ejerce una autoridad similar a la estatal. El colapso del Estado en estas zonas justificaría esta extensión²⁶. Los habitantes de estos territorios tendrían una situación de desvalimiento similar a los ciudadanos de un estado totalitario o injusto ante una política de exterminio o desplazamiento impuesto por la organización de control. Frente a esta posición, la posición más avanzada a la hora de interpretar el término organización es la denominada tesis funcionalista. Lo decisivo sería la capacidad de la organización para establecer y ejecutar una política, lo que habría de examinarse caso por caso partir de una serie de criterios, no vinculantes y abiertos, ofrecidos por la Corte Penal Internacional. No obstante, pese al potencial extensivo de esta interpretación, debe indicarse que hasta ahora no ha existido ninguna resolución de tribunales internacionales, que desvincule de lo estatal los delitos de lesa humanidad. En la práctica, los casos discutidos tratan de organizaciones que pertenecían o estaban estrechamente vinculadas de manera extraoficial al Estado y además están ligados mayoritariamente a conflictos bélicos.

El segundo elemento básico que compone la cláusula umbral es el conformado por las características de la política o línea de conducta que emanan de la organización. Lo que en el Estatuto de Roma se define como «línea de conducta». El punto de partida a la hora de determinar este elemento debiera ser qué relación guarda exactamente con el ataque «generalizado o sistemático». En los distintos proyectos y debates que se produjeron en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, durante la elaboración del Proyecto de crímenes contra la paz y seguridad, la introducción de la política estuvo ligada a la necesidad de que el ataque fuera generalizado y/o sistemático. Mientras que, de un lado, se abogaba

²⁵ Cfr. BASSIOUNI, Ch., *Revisiting the Architecture*, op. cit., p. 54 ss.

²⁶ Cfr. PÉREZ CABALLERO, J., *El elemento político*, op. cit., p. 88 ss.

únicamente porque el ataque fuera necesario y sistemático, lo que haría innecesaria, por redundante, la mención a la política: si es sistemático es que hay una política tras él. De otro, se proponía que el ataque pudiera ser sistemático o generalizado, en este caso la exigencia de la política representaba una solución de compromiso. Su función sería servir de argamasa para unir ataques generalizados, que sólo alcanzarían el umbral necesario para entrar en el Derecho penal internacional cuando fueran expresión de la política de una organización.

Aunque hoy parece haber acuerdo a que la política es común a ambas modalidades²⁷, lo cierto es que se interpreta de manera flexible y abierta. Conforme a esta interpretación no se exige que la política, por ejemplo, tenga carácter expreso, ni que esté formalizada en documentos de la organización, tampoco es necesario lógicamente que la política consista en una incitación o inducción a la comisión de delitos singulares, ni que provenga de la cúspide de la organización. Se da también por sentado que la política pueda evolucionar en él tiempo. Más allá de estos elementos negativos, no puede decirse, sin embargo, que se haya llegado a una mayor precisión a la hora de definirla positivamente. No existe claridad por ejemplo a la hora de determinar si la tolerancia repetida de los hechos por parte de la organización podría considerarse una política.

El tercer elemento es el término ataque. La cuestión es común nuevamente a la existencia de actos generalizados o sistemáticos. ¿Deben estos actos reunir alguna característica más que el ser comportamientos humanos, para ser considerados ataques? El término ataque parece sugerir a priori que los diversos comportamientos base del delito de lesa humanidad han de ser activos, dolosos y además poseer carácter violento, ya sea sobre personas o sobre cosas. Dejando por ahora de lado la cuestión de la *mens rea*, parece existir acuerdo en que la nota de violencia no resulta necesaria. Entre los distintos comportamientos singulares que componen la lesa humanidad existen ya algunos que no tienen dicho carácter. Sin ir más lejos, los actos de segregación a los que se refiere el delito de *apartheid* y tipificados a caballo entre la Convención sobre la represión y el castigo del *Apartheid* y el delito de lesa humanidad, admiten comportamientos no violentos necesariamente como políticas públicas que impliquen la denegación de derecho como la educación, la sanidad, el derecho al trabajo, el derecho de asociación etc. (art. II c de la Convención sobre el *Apartheid*). Igualmente pese que el ataque requiere que ha de ser «sistematizado o

²⁷ A su vez y sin que entremos en este punto, las expresiones generalizado o sistemático han acabado interpretándose como rasgos cualitativos (sistemático) o cuantitativos (generalizados), vid. por ejemplo SATZGER, H., *Internationales und Europäisches*, op. cit., p. 374.

generalizado», la doctrina hoy mayoritariamente admite que puede tratarse de un único comportamiento, lo relevante es la pluralidad de víctimas²⁸. En lo relativo a la admisibilidad de conductas omisivas, existe una discusión no cerrada. En la redacción del Estatuto de Roma no existió unanimidad al respecto²⁹.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA UMBRAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO DE ECOCIDIO

Analizada, en los aspectos que aquí más nos interesan, la interpretación de la cláusula umbral que tiene en el delito de lesa humanidad corresponde ahora adaptarla a las características del delito de ecocidio. Para ello el primer e ineludible paso es justificar la inclusión dentro del término organización de grandes empresas multinacionales. Sin dar este paso la creación del delito de ecocidio sería absolutamente inútil. Esta pretensión debe vincularse con el debate existente a la relación entre empresas y Derechos humanos. A diferencia de lo que ocurría en 1945 y aún durante la elaboración del Estatuto de Roma, las relaciones entre las grandes empresas y los derechos humanos se conciben hoy de manera substancialmente distinta a la que tienen el resto de particulares. La legislación que está surgiendo a partir de los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales, desde la Ley de vigilancia empresarial francesa a la reciente Ley alemana sobre diligencia debida en cadena de suministro imponen obligaciones positivas a las empresas y sientan las bases para ahondar en una responsabilidad civil y penal por graves violaciones a derechos humanos³⁰. La aprobación del denominado «instrumento vinculante», es decir, de una convención donde se positivizase las obligaciones de las multinacionales de respetar, proteger y reparar las violaciones de derechos humanos de una manera substancialmente igual a los estados sería decisiva para esta equiparación³¹. El Derecho penal internacional debe

²⁸ Cfr. GIL GIL, A., en Gil Gil A./Maculan E. (dir), *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 425.

²⁹ Cfr. SATZGER, H., *Internationales und Europäisches*, op. cit., p. 72

³⁰ Para una visión de conjunto NIETO MARTÍN, A., *Hacia un derecho penal económico europeo de los Derechos Humanos*, Indret, 2/2020. Igualmente los trabajos publicados sobre este tema en *European Criminal Law Review*, 2021, n.º 1.

³¹ Sobre las relaciones entre empresas y derechos humanos la bibliografía es inabarcable, vid. GÜAMAN HERNÁNDEZ, A./MORENO GONZÁLEZ, G., *Empresas multinacionales y Derechos Humanos*, Bomarzo, 2018; FORCADA BARONA, I., *Derechos internacional, responsabilidad social corporativa y derechos humanos*, en Demetrio Crespo/

interpretarse en conexión a la evolución del Derecho internacional de los Derechos humanos y no puede ser ajeno a esta evolución.

Más allá de este argumento sistemático, también debe atenderse a los hechos. La realidad es que la capacidad de afectación al medio ambiente de las grandes multinacionales, como consecuencia de sus políticas, es igual o superior a la de los Estados. Baste sólo con recordar el origen de las grandes catástrofes ambientales³². Hasta ahora en el Derecho penal internacional, en sus casos más clásicos, lo que ha imperado es que las empresas tuvieran un papel de actores secundarios, y que su responsabilidad fuera discutida en el seno de la complicidad. En el caso del medio ambiente la situación, en muchos casos es la inversa, el daño irreparable, grave y duradero al ambiente será causado por las empresas, mientras que los estados tendrán un rol secundario, en ocasiones de simple tolerancia o favorecedor del daño. Desde luego, no es impensable que según antes se indicaba, la tolerancia al ataque por parte del Estado pueda ser entendida como política y que, en otras muchas ocasiones, los Estados a través de medidas legislativas permitan las graves agresiones medioambientales, pero esto no impide el que en presencia por ejemplo de una gran empresa extractiva, que actúa en un país en vías de desarrollo, el Estado y sus responsables individuales no tengan un rol materialmente subordinado. Por muy repetido que se encuentre este argumento a la hora de equiparar multinacional con estado, debe igualmente atenderse al poder real de las empresas producto de la globalización y a su mayor potencial económico que muchos estados³³. Precisamente en el colapso del estado y la capacidad de otros actores para aprovecharlo, es donde un sector destacado de la doctrina encuentra el argumento principal a la hora de proponer interpretación más flexible del término organización³⁴.

De estos argumentos se desprende además que únicamente las grandes empresas multinacionales podrían ser consideradas organizaciones a los efectos del derecho internacional. De un lado, son capaces de desarrollar políticas y de otro tienen un poder equivalente al de los estados como organizaciones, que generan una situación ante la que los ciudadanos se encuentran indefensos. Una interpretación más extensa supondría romper la continuidad con las señas de identidad del Derecho penal internacional

Nieto Martin (dir.), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 53 ss.

³² Vid. por ejemplo, por citar una de las últimas contribuciones al respecto WHYTE, D., *Ecocide. Kill the corporation before it kill us*. Manchester University Press, 2020.

³³ Vid. sólo ARENAL LORA, L., *Crímenes económicos contra la humanidad*, op. cit., p. 239 ss.

³⁴ Cfr. PÉREZ CABALLERO, J., *El elemento político*, op. cit., p. 88 s.

procedente de Nüremberg. Normativamente el concepto de gran empresa multinacional se está acuñando ya por las legislaciones estatales en materia de diligencia debida, como la mencionada Ley de vigilancia empresarial francesa o la alemana, por la normativa de la Unión Europea sobre información no financiera o el reciente proyecto de Directiva europea sobre diligencia debida³⁵.

El siguiente paso en pro de la adaptación del elemento contexto al crimen de ecocidio consiste en determinar con mayor exactitud en qué consiste evidentemente dicha política. Esta concreción resulta necesaria además con el fin de respetar el principio de determinación, que también rige en el Derecho penal internacional. Como después se verá además, en el ecocidio la política está llamada a tener una centralidad en el injusto, que la desplaza del contexto al epicentro del delito. En el caso del estado como organización y el crimen de lesa humanidad, se ha cuestionado en ocasiones la necesidad de que el origen de la política se sitúe en la cúspide de la organización, al poder provenir de órganos regionales³⁶. En el delito de ecocidio sí que, por el contrario, la política debe proceder de las personas situadas en puestos de alta dirección, tanto en organizaciones públicas, como en empresas multinacionales. Por alta dirección debe entenderse las personas competentes en última instancia para adoptar las decisiones esenciales de la organización relativas al medio ambiente. Se trata de aquellos órganos o altos directivos que en última instancia ponderan entre los diversos intereses en juego y deciden el peso que tienen el respeto al medio ambiente en relación a otros objetivos de la organización. En el caso de la empresa, no bastaría por ello con que el la política contraria al medio ambiente, por muy grave que sea, proceda de una fábrica o sección concreta. El origen y la conformación de la política debe situarse en la cabeza de la entidad (*brain area*).

Un aspecto esencial a la hora de concebir el contenido de la política es determinar si ésta debe estar directamente encaminada a la destrucción del medio ambiente o e/en cambio basta con que este hecho sea consecuencia de otra política distinta que ocasione de manera necesaria daños

³⁵ La Directiva 2014/95 sobre publicación de Estados no financieros obliga a las empresas de más de 500 trabajadores, teniendo también en cuenta el volumen de negocios. La ley de vigilancia empresarial francesa tiene aún un umbral más alto, cinco mil o diez mil personas. Este techo puede ser criticado en el caso de las leyes de diligencia debida, en cuanto que la discusión relativa a empresas y derechos humanos comprende a cualquier tipo de ente con independencia de su tamaño, como bien señalan los principios rectores. Ahora bien, debiera ser un requisito básico en el marco del Derecho penal internacional, como parte de la cláusula umbral.

³⁶ Cfr. ARENAL LORA, L., *Crímenes económicos en el Derecho internacional*, op. cit., p. 68; PÉREZ CABALLERO, J., *El elemento político*, op. cit., p. 69.

medioambientales graves. Si se quiere dotar de algún tipo de operatividad al ecocidio debe acogerse una opción amplia de política, que tendría que superar la opinión asentada en el Derecho penal según la cual los atentados a los derechos humanos «nunca podrán ser motivadas por el ánimo de lucro o el interés por obtener una ganancia privada»³⁷. La definición actual que se contiene en el art. 7 2 a) del Estatuto de Roma permite esta comprensión. Literalmente apunta a dos tipos de política, aquella que tiene como finalidad directa la comisión de los delitos conexos o básicos (de conformidad con la política ...de cometer ese ataque) y la que podríamos denominar política de consecuencias necesarias, con la que se relacionarían delitos básicos que son necesarios «para promover esa política». De este modo, una política constante de ahorro de costes en materia medioambiental, que descuide aspectos básicos en la prevención o que conlleve la producción de productos de los que necesariamente se derivan daños medioambientales graves constituye el arquetipo de política que se encuentra tras la comisión del este delito. Obviamente ni una política de destrucción directa, ni una política que tenga como consecuencia necesaria la destrucción del medio ambiente, necesitan estar formalizadas. Lo que si es necesario es mostrar su continuidad, por ejemplo en decisiones empresariales, a lo largo de un periodo relevante de tiempo. La política se traducirá normalmente desde el punto de vista de la empresa, en comportamientos omisivos como la no implementación de medidas medioambientales o la tolerancia de comportamientos lesivos.

La definición que se ha realizado de la política (permanente, procedente de la alta dirección de al empresa, relacionada directamente o necesariamente con los distintos comportamientos contaminantes) altera las relaciones que hasta ahora han existido en el delito de lesa humanidad ente la política y los comportamientos singulares en que se manifiesta el delito. En este punto radica probablemente la peculiaridad más importante del delito de ecocidio en relación al resto de los delitos nucleares. El contexto deja de ser un elemento típico circunstancial, para pasar conformar el elemento central del reproche. Y a la inversa, los diversos actos singulares pierden centralidad a la hora de conformar el injusto. Cuando los comportamientos singulares son básicamente comportamientos, en su mayor parte violentos y dolosos, que atentan contra bienes jurídicos fundamentales, como ocurre con la lesa humanidad, es lógico que la gravedad del injusto descansa en buena medida en este punto, pese a la importancia que

³⁷ Esta es la opinión de la Comisión de Derecho Internacional en relación expresamente a los delitos contra el medio ambiente en el proceso de elaboración del Proyecto de Código contra la paz y seguridad de 1995, cfr. ARENAL LORA, L., *Crímenes económicos en el Derecho internacional*, op. cit., p. 243.

indudablemente tiene el contexto como multiplicador de su lesividad y la capacidad para dotarles de sentido.

No ocurre lo mismo en el caso del ecocidio. Los actos singulares pueden no ser graves aisladamente considerados, considerados uno por uno, pero lo que les otorga relevancia es su contribución causal al daño medioambiental grave y su estrecha conexión con la política de la organización. Numerosos actos de contaminación realizados a lo largo del tiempo de gravedad media conectados con una política permanente de la organización constituyen un delito de ecocidio, como ocurre por ejemplo en el caso Texaco, donde los comportamientos de destrucción singularmente no son lo relevante, sino el que estos tuvieran lugar durante casi tres décadas, como consecuencia de una política constante de la entidad establecida al más alto nivel³⁸. Ello no quiere decir que un único macro vertido con consecuencias catastróficas, no pueda ser un delito de ecocidio, más lo será sólo en cuanto sea consecuencia de la política. Normalmente, no obstante, resultará más complicado mostrar la existencia de una política en este caso, que en el de innumerables comportamientos que se extienden a lo largo de los años.

El que el injusto del ecocidio resida en la política de la organización explica, la necesidad de sancionar a las personas jurídicas y no sólo a altos dirigentes u otras personas naturales. La política equivale a una forma de conducir la empresa de manera continuada con desprecio absoluto a los estándares medioambientales básicos, lo que conecta con la culpabilidad de organización como modelo de imputación del hecho a la persona jurídica. Una política así concebida equivale a una cultura empresarial que no siempre será fácil reconducir a concretas decisiones y comportamientos individuales. La equivalencia que existe entre el centro del injusto del ecocidio y la fundamentación mayoritaria que se le da hoy a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sitúa a la culpabilidad corporativa y su construcción en el centro del debate.

El reverso o antídoto contra una política corporativa delictiva como es sabido es el cumplimiento normativo, lo que enlaza a su vez con las obligaciones de diligencia debida que las empresas multinacionales tienen como consecuencia de sus obligaciones en materia de derechos humanos, cuya característica principal es que se extienden a filiales y proveedores, sobre todo cuando estos tienen una relación constante con la empresa y una situación de dependencia económica. La relación de complementariedad que existe entre la cultura corporativa, el cumplimiento normativo y los deberes de diligencia empresarial, sirve de un lado para concretar los

³⁸ Cfr. ARENAL LORA, L., *Las graves formas contemporáneas*, op. cit. p. 168 ss.

fundamentos de la responsabilidad penal de la multinacional por delito de ecocidio. Pero también resulta decisiva para perfilar el sujeto responsable, es decir, la empresa multinacional. Los deberes de diligencia debida ponen sobre la mesa la necesidad de, por supuesto, prescindir de la escisión formal entre empresa madre y filiales, como sujetos de imputación diferentes. Lo normal en todos los graves atentados contra el medio ambiente de Bhopal Texaco³⁹ es que los atentados se realicen por empresas filiales, y las sociedades matrices intenten eludir su responsabilidad bajo el argumento de la distinta personalidad jurídica. Pero esta misma lógica material, debe plantearse también en el caso de proveedores, que guarden una relación de dependencia económica y productiva con la empresa multinacional. Si es esta quien impone las condiciones de producción, aporta la tecnología necesaria y fija, en una relación de supremacía, las condiciones comerciales deben desmontarse las barreras que impiden contemplar el conjunto como una todo, es decir, como una única empresa.

No acaban en este punto, las consecuencias que en la construcción del crimen de ecocidio plantea la centralidad de la política de la organización en la construcción del injusto. El que la relación entre política y actos singulares sea la inversa a la que existe en el crimen de lesa humanidad, permite abrir la puerta a la discusión de la imprudencia. Desde luego, cuando el elemento político juega como elemento de contexto, parece impensable que los actos singulares sean comportamientos imprudentes. El sumatorio entre ambos elementos no llega a alcanzar el umbral necesario que se requiere en el derecho penal internacional. La cuestión es diferente cuando todo pivota en el contexto. En realidad, esto debiera llevar a la reflexión siguiente: los actos singulares que deben sancionarse son aquellos que determinan la construcción de la política de empresa, más que los innumerables actos singulares contaminante (vgr. los diversos vertidos que a lo largo del tiempo realizó en la amazonia). En la lesa humanidad tiene sentido detenerse en la conducta del responsable de una unidad del ejército o incluso en los soldados que realizan las muertes y las torturas, pero esta solución quizás no sea la más ajustada cuando nos detenemos en los distintos actos singulares en que puede descomponerse el grave daño medioambiental.

³⁹ Sobre el caso Texaco, aparte de las referencias en ARENAL LORA, L., op. et loc. ult. cit., vid. por ejemplo, MATIN-CHENUT, K./PERRUSO, C., *L'affaire Chevron Texaco et l'apport des projets de conventions écocrimes et ecocide à la reponsabilisation pénale des entreprises transnationales*, en Neyret L., *Des ecocrimes à l'ecocide*, Bruylant, 2015, p. 67 ss En relación al caso Bhopal, vid. el clásico análisis de PEARCE, F./TOMBS, S., *Bhopal, Union Carbide and the Hubris of a Capitalist Technocracy*, Social Justice 16, 1989.

V. CONCLUSIONES: UNA EVALUACIÓN DE LAS DISTINTAS PROPUESTAS DE TIPIFICACIÓN DEL DEL DE ECOCIDIO

La reflexión en torno a la construcción del delito de ecocidio no está ni mucho menos cerrada. Los crímenes internacionales siempre han tenido largos procesos de gestación y éste no va a ser un caso singular. Lo que sí puede ya señalarse a la luz de las anteriores consideraciones es que la concepción del delito de ecocidio como crimen internacional que acaba de exponerse está mas cercana indudablemente a la propuesta realizada por el «grupo de Laurent Neyret», que a la recientemente ofrecida por Stop Ecodie⁴⁰. En esta última propuesta la cláusula umbral se compone de dos elementos, de un lado, el resultado del delito que consiste una alta probabilidad de que la conducta genere un daño grave y extendido y duradero al medio ambiente y de otro que el comportamiento debe ser querido o *wanton* lo que se corresponde, a grandes rasgos, con el dolo eventual. Esta estructura implica una considerable discontinuidad con el «modelo Nürtemberg «de Derecho penal. Tal como ha sido construida la cláusula umbral, casos como los del Prestige en España serían constitutivos de un delito de ecocidio, pese a que ni de lejos en estos supuestos pueda encontrarse ni una política, ni una organización en el sentido apuntado. En relación, al bien jurídico medio ambiente no siempre resulta sencillo determinar que es un daño grave extenso y duradero. Máxime si además se admite que pueda consistir en un peligro de dicho mal. En el tipo subjetivo el dolo eventual proyectado sobre un delito de peligro – dolo de peligro – se aproxima aún más a la imprudencia, que el dolo eventual clásico en los delitos de resultado. Es además inexplicable que no se haya hecho ningún tipo de reflexión relativa a la responsabilidad penal de la persona jurídica. En realidad, el tipo penal que proponen se corresponde más con un delito ecológico grave, semejante al que en Francia o en otros países se conoce como ecodio, que con un auténtico crimen del Derecho penal internacional.

La propuesta del grupo de Lurent Neyret, en el que tuve el placer de participar, no incurre en estos errores. Contiene una descripción del elemento contextual o umbral que conecta –literalmente– con el que actualmente existe en el delito de lesa humanidad o en el genocidio y con la estructura de estos tipos penales⁴¹. El elemento contextual exige que

⁴⁰ Vid. igualmente las críticas efectuadas por AMBOS, K., *¿Protección del medio ambiente a través del Derecho penal internacional?*, Almacén del Derecho (*¿Protección del medio ambiente a través del Derecho Penal Internacional?* – Almacén de Derecho (almacenederecho.org))

⁴¹ Cfr. FRONZA, E./GUILLOU, N., *Vers une définition du crime International d'écocide*, en Neyret L., *Des ecocrimes à l'écocide*, Bruylant, 2015, p. 127

los comportamientos singulares sea parte de una acción generalizada o sistemática. Mientras que la necesidad de que exista un resultado grave, extendido y duradero se conforma como resultado de los distintos actos singulares. La existencia de un umbral mayor, para el verdadero crimen de ecocidio, se compensa con la propuesta de una convención internacional sobre ecocrímenes, es decir, con una propuesta que debe ubicarse en el marco del Derecho penal internacional convencional o transnacional, que es donde deberían tener acomodo propuestas como las realizadas por el grupo Stop Ecocide. Igualmente el proyecto Neyret es un firme partidario de la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basado en la culpabilidad por defecto de organización⁴². Desde luego, en este punto, considero que la formulación que en concreto se hace⁴³, no equivale a la descripción de la política que aquí se ha propuesto. Se trata más bien de un fallo de organización puntual, que no necesariamente tiene por qué ser expresión de una política constante de desprecio hacia el medio ambiente. Más en cualquier caso, y para el debate futuro, considero que esta propuesta constituye, hasta el momento, el mejor punto de partida.

⁴² Cfr. TRICOTT, J., *Écocrimmes et Écocide: Quels responsables?*, en Neyret L., en Neyret L., *Des ecocrimenes á l'écocide*, Bruylant, 2015, p. 141 ss.

⁴³ Art. 5. Responsabilidad de las personas jurídicas. 2. 2. «Cada Estado parte adoptará, conforme a sus principios jurídicos, las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser penalmente responsables cuando la ausencia de supervisión o control por parte de la persona jurídica haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa, en beneficio de la persona jurídica, un crimen de ecocidio».

Breves reflexiones político criminales sobre los delitos de expresión

Elena Núñez Castaño
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla



QUE EL PROFESOR BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ha sido y es un referente en el Derecho penal de nuestra época es una realidad innegable. Es maestro de maestros, y ello supone un claro reflejo de su valía profesional y su elevado nivel académico. Pero quizás más importante que ello es el hecho de su valía y nivel como persona. En él siempre he encontrado a un compañero y amigo, que siempre ha hecho surgir una sonrisa y una sensación de apoyo y amparo. No es habitual eso en este mundo académico tan cruel y complicado en la mayor parte de las ocasiones, no es habitual encontrarse con una persona de la calidad humana y profesional de Ignacio. Y, por ello, quiero, desde estas breves páginas, contribuir con un modesto trabajo en reconocimiento de todas esas cualidades de las que goza. El Profesor Berdugo ha tratado prácticamente todos los aspectos del Derecho Penal, con lo cual sería difícil elegir un tema en el que específicamente se haya especializado, pero si, creo, que existe una característica que le define, como representante de un Derecho Penal que luchaba en los estertores de una dictadura y comienzos de una democracia por defender los derechos y libertades fundamentales propias de un Estado Democrático y de Derecho. Y lo consiguieron, él y algunos otros que pelearon incansablemente por ello. O, al menos, lo habían conseguido hasta hace unas pocas décadas, donde la expansión e intensificación del Derecho penal como arma para luchar contra el discrepante, nos ha hecho regresar, al menos en el ámbito del Derecho Penal y de los derechos y libertades fundamentales a antiguas épocas que creíamos

superadas. Es por ello, que quisiera contribuir, con mi modesta aportación, de nuevo a la lucha por la defensa de los derechos fundamentales a la que tanto contribuyó Ignacio, dedicando estas páginas a unas breves reflexiones sobre los nuevos delitos de expresión o de opinión, que se encuentran de innegable actualidad y suponen, en mi opinión, un claro atentado contra el derecho a la libertad de expresión. Sirvan estas líneas para agradecer al Profesor Berdugo todo su trabajo en relación con un Derecho Penal Democrático.

I. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA EXPRESIÓN

En los últimos tiempos, se ha detectado una clara tendencia legislativa a incidir en la emisión de determinadas expresiones y opiniones que son consideradas «molestas», «perturbadoras» u «hostiles», de modo que el legislador opta por regular tipos penales, excesivamente abiertos y desmesurados, que teóricamente se encontraría encaminados a proteger determinados intereses de sectores sociales vulnerables que podrían verse afectados por las palabras, expresiones u opiniones de otros; pero que, en la práctica, lo que realmente implican es la inocuización del disidente o discrepante, de quien sostiene un discurso diferente e incluso reprochable desde la perspectiva del sentimiento generalizado que determina una mayoría política o social. En definitiva, en la práctica se podría estar atentando contra el derecho fundamental a la libertad de expresión, con la «justificación» de que afecta a los «sentimientos generales», sea eso lo que sea.

Un caso de rabiosa actualidad y paradigmático de esta represión del discurso o expresión, sobre todo por las graves consecuencias sociales que ha tenido, es el del rapero Pablo Hásel, que publicó diversos tuits en su perfil de twitter en los que se vertían comentarios insultantes contra la Corona, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y otras instituciones, y frases ensalzando a organizaciones terroristas y a sus miembros. Tanto la Audiencia nacional, en su Sentencia de 22 de mayo de 2018, como la Sentencia del Tribunal Supremo 135/2020, de 7 de mayo condenaron por enaltecimiento del terrorismo e injurias a la Corona y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, considerando que la publicación de comentarios denigrantes contra ciertas instituciones y de alabanza a terroristas, no quedan amparados por la libertad, provocando, de hecho, un *clima social de hostilidad*. Se sostiene, de este modo, que determinado tipo de discursos con un contenido que no se considera correcto o adecuado, que son discrepantes o heterodoxos, no deberían estar permitidos y, en consecuencia, serían lícitos todos los instrumentos jurídicos y sociales necesarios para inocuizarlos, en tanto

que se entienden «contrarios» a lo que se percibe como las bases fundamentales de un Estado democrático de Derecho¹, olvidando, en mi opinión, que uno de esos fundamentos es, precisamente, el que se pretende limitar o suprimir, esto es, la libertad de expresión.

La inclusión de estos tipos penales en los que se sancionan ideas o discursos diferentes, heterodóxicos, alternativos o incluso contrarios a los planteamientos y concepciones imperantes en la moral social dominante nos acerca peligrosamente a épocas pasadas de restricción de derechos y de censura², absolutamente insostenible, en mi opinión, cuando se afirma la constitución como Estado Democrático y de Derecho. De hecho, considero totalmente rechazable la inclusión en un mismo concepto jurídicamente válido y aplicable de los términos «delito» y «expresión» y «opinión». La expresión sólo debería ser delito cuando determine de forma directa a la realización de comportamientos que impliquen un peligro real y cierto para derechos de otras personas.

Pero la realidad es que la verificación de un mero acto de comunicación en el que se vierten determinadas expresiones y opiniones contrarias a las concepciones imperantes en la sociedad, puede llegar a determinar y, con frecuencia lo hace, la aplicación de una sanción por la comisión de alguno de los tipos penales configurados como delitos del discurso del odio. No resulta aceptable la justificación alegada por los defensores de la inclusión de este tipo de delitos, como señala GALAN MUÑOZ³, de que no se sanciona el hecho comunicativo que llevan a cabo ni la contribución que podría representar respecto de un hipotético y potencial acto posterior de quienes hayan sido sus receptores, sino el hecho de que sus mensajes o discurso puedan provocar en los receptores del mismo que surjan ideas peligrosas y negativas, y por ello es necesario impedir que se propaguen, castigando para ello a quien las emite y/o difunde. Dicho de otro modo, sustentan la inclusión de estos delitos de expresión en un potencial riesgo de que se generen hipotéticas y potenciales ideas en un futuro en otros sujetos, y, con ello, se olvida que la libertad de expresión protege no sólo la exteriorización de las opiniones y pensamientos, sino

¹ Siguiendo con ello los planteamientos propios de las democracias militantes, como señala GALAN MUÑOZ, «Delitos de odio, discurso del odio y Derecho Penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural», en *Revista Penal*, n.º 46, 2020, pág. 43.

² DE VICENTE MARTINEZ, *El discurso del odio. Análisis del art. 520 del Código penal*, Tirant, Valencia 2018, pág. 170; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid 2017, pág. 103.

³ GALAN MUÑOZ, «Delitos de odio, discurso del odio y Derecho Penal», ob. cit., págs. 45 y 46.

también la posibilidad de persuadir y convencer a otros a través de la fuerza persuasiva de sus argumentos⁴. Resulta sorprendente al mismo tiempo que peligroso el hecho de que en todo momento se esta haciendo referencia a ideas, tanto las emitidas o difundidas como las potenciales y futuras de los receptores.

Ideas cuya característica común es que todas ellas son rechazables desde la perspectiva de la sociedad y la moral o planteamientos imperantes en ese momento; en resumen, contrarias al «*sentir general de la sociedad*». Ello nos acerca a lo que se ha conocido como *delitos contra los sentimientos* configurados como «*aquellos que se pretenden justificar en la medida en que las conductas que prohíben causarían daño a los sentimientos legítimos de los ciudadanos produciendo su desagrado, indignación o repugnancia, o incluso generando odio*»⁵. En definitiva, se toma como referencia la «moral» o el «sentimiento» general para construir un ilícito penal, con las dificultades que ello conlleva de concreción y delimitación de qué deba entenderse por tal, y con los problemas que plantea la mutación cultural e histórica a la que necesaria e innegablemente se ven sometidos dichos conceptos.

En realidad, ello no hace sino poner de relieve las tendencias actuales en la sociedad que implican la implantación del retorno a un puritanismo exacerbado en la más amplia concepción del término, y a la completa confusión entre el ámbito moral y/o ético y el ámbito jurídico, el pecado o la grosería con el delito. Con el peligro que ello conlleva de que la «moral dominante» sea la que determine aquello que es típico penalmente. Y sobre este planteamiento se criminalizan y judicializan comportamientos que, pudiendo ser merecedores de reproche social o de crítica acalorada, en tanto que distorsionaban las pautas de actuación consensuadas y los principios morales generalizados, desde luego no puede (o mejor dicho, no podía sostenerse que resultasen ofensivos para un bien jurídico, y, en consecuencia, susceptibles de criminalización. En definitiva, la idea central de estas tendencias consiste en que debe erradicarse el discurso discrepante, diferente, grosero e incluso intolerante por el potencial peligro que pudiera suponer para el sistema democrático y para la sociedad, dando con ello legitimidad (obviamente muy cuestionable) a la criminalización del discurso del odio.

⁴ DE DOMINGO PEREZ, «La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales», en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid 2017, pág. 295.

⁵ CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»», en *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia 2018, pág. 1414.

El origen de la criminalización de esta clase de discursos, como señala GALAN MUÑOZ⁶, se encuentra en la paradoja de la tolerancia empleada por POPPER según la cual los Estados democráticos se caracterizan por la tolerancia a la difusión y expresión de toda clase de ideas u opiniones, pero no puede sostenerse una tolerancia ilimitada respecto de aquellos que son intolerantes y que mantienen un discurso contrario y peligroso para los fundamentos del propio sistema democrático; sostiene POPPER lo siguiente: «... la tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia. Si extendemos la tolerancia ilimitada aún a aquellos que son intolerantes: si nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto con ellos de la tolerancia. Con este planteamiento no queremos significar, por ejemplo, que siempre debemos impedir la expresión de concepciones filosóficas intolerantes; mientras podamos contrarrestarlas mediante argumentos racionales y mantenerlas en jaque ante la opinión pública, su prohibición sería, por cierto, poco prudente. Pero debemos reclamar el derecho a prohibirlos, si es necesario, por la fuerza, pues bien puede suceder que no estén destinadas a imponerse en el plano de los argumentos racionales, sino que, por el contrario, comiencen por acusar a todo razonamiento: así, pueden prohibir a sus adeptos, por ejemplo, que presten oídos a los razonamientos racionales, acusándolos de engañosos, y que les enseñan a responder a los argumentos mediante el uso de los puños o de las armas. Debemos reclamar entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes. Deberemos exigir que todo movimiento que predique la intolerancia quede al margen de la ley y que se considere criminal cualquier incitación a la intolerancia y a la persecución, de la misma manera que en el caso de la incitación al homicidio, al secuestro o al tráfico de esclavos»⁷. Desde este planteamiento se permite la prohibición y criminalización de determinado tipo de discursos e ideas que sean o se interpreten como contrarias a los fundamentos del sistema político de un Estado, en este caso el sistema democrático, a fin de evitar que puedan llegar a triunfar y terminar con el mismo.

No comparto en absoluto este planteamiento expuesto, en tanto que, en nuestro Ordenamiento jurídico, por directa aplicación de la Constitución, son y deben ser sostenibles cualquier tipo de posiciones, opiniones

⁶ GALAN MUÑOZ, «El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (2018), pág. 265.

⁷ POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, 2006, nota 4 al Capítulo 7, pág. 585.

y expresiones, por muy rechazables, groseras o antidemocráticas que puedan resultar, siempre que no impliquen una lesión o riesgo real para los derechos de otros; lesión o riesgo real al que necesariamente hace referencia el autor al utilizar como ejemplo la incitación al homicidio o al secuestro⁸.

En mi opinión, POPPER es parte de una contradicción interna, esto es, que en aras de la tolerancia se reclame el derecho a ejercer la intolerancia; contradicción porque ello no es sino una manifestación de la intolerancia hacia lo que es distinto, a lo que no es el propio discurso de lo «correcto» o de lo «adecuado», y que se fundamenta en la necesidad de obtener una victoria de esta concreta visión de la sociedad. No cabe deducir otra cosa del planteamiento expuesto, por cuanto el autor acepta la posibilidad de respetar el discurso del diferente, del discrepante, de quien sostiene postulados incompatibles con el sistema democrático, siempre que ese discurso puede ser vencido o inocuizado mediante otros discursos que define como «argumentos racionales» en apoyo del pensamiento social generalizado y de los fundamentos del sistema (democrático en este caso) social y político existente. Es decir, se trataría de imponer su propia opción, su propio planteamiento, considerando al «otro», el «discrepante» inválido y por tanto susceptible de criminalizarse, incluso por la fuerza, señala. ¿Cuál sería entonces la diferencia con los discursos que pretende prohibir? De hecho, esta argumentación determinaría que, si son rechazables y, por tanto, criminalizables todos aquellos discursos intolerantes o contrarios a un determinado sistema político (obviamente el autor se está refiriendo al democrático, pero nada obsta que la postura sostenida pueda ser argumentada en cualquier otro caso), los discursos, expresiones, ideas u opiniones que se emitan y/o difundan en un régimen totalitario, reclamando por ejemplo el reconocimiento de derechos fundamentales, también podría ser prohibido por el Gobierno de turno en tanto que, según la moral y sensibilidad generalizada en ese momento concreto, serían contrarios al sistema político y social imperante. En definitiva, se estarían legitimando los delitos políticos y criminalizando a quienes se pronuncien o actúen en contra de los intereses de lo que se ha dado en denominar la «legalidad vigente».

Junto a ello pueden argumentarse otras razones variadas, como el hecho de que la mera transmisión, emisión o difusión de un discurso ofensivo o rechazable, incluso aunque pudiera incitar a la violencia a sus receptores, sólo debería reprocharse (y con muchos matices) cuando efectivamente incite a la violencia, pero no por el simple hecho de «enseñar» a responder con la

⁸ Por ello, señala ALCACER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y en Europa», en *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 103, enero-abril 2015, págs. 46 y 47 que son varios los autores que han mantenido una posición radicalmente contraria a la sostenida por POPPER, como RAWLS y DWORKIN.

violencia. Pero quizás lo más relevante respecto a mi particular crítica a la opinión expuesta radica en la concepción de Estado democrático que cada uno tenga. Desde mi concepción entiendo que si pretendemos sostener que nos encontramos en una sociedad democrática, los discursos no solo pueden, sino que deben ser plurales y antagónicos, poniendo de relieve pensamientos dispares y diversos e intentando evitar el «pensamiento único», aunque éste sea el coincidente con los principios y pautas dominantes, porque ello sería la ausencia de todo pensamiento. Ese es el peligro del castigo de ideas y opiniones, que el mismo dependerá de lo que guste o no guste a la moral social imperante, y ello vendrá determinado por quien, en ese concreto momento, controle o determine lo que sea la moral social imperante.

Sin embargo, a pesar de todo lo que hemos expuesto hasta el momento, la realidad es que la tendencia existente en las sociedades actuales, incluida la nuestra, es la de concebir el Código penal como un instrumento de control de sus ciudadanos, criminalizando todo aquello que se considera no concordante con la línea de pensamiento y/o actuación que se considera «correcta» o «normal» por la generalidad de la sociedad. Se inicia, de este modo, una «caza de brujas», respecto de todo aquel que consideran «diferente» o, mejor dicho, que piensa diferente, e incluyendo no sólo a quien realiza o emite el discurso reprochable, sino también a quien lo apoya o comulga ideológicamente con él contribuyendo a su difusión y propagación o, incluso, a quien apoya su derecho a realizarlo, aunque no lo comparta, porque también es marcado y rechazado por esa moral dominante que se entiende como la única opción legítima de pensamiento y opinión. El problema de esta conversión del Estado de Derecho en un Estado Policía, es que acaba expandiéndose a ámbitos para los que, al menos aparentemente no estaban pensados, y se acaba por condenar y encarcelar a quienes realizan comentarios (más o menos afortunados o más o menos reprochables o groseros) en las redes sociales, a unos titiriteros por hacer una determinada representación, a artistas y raperos por críticas mas o menos soterradas a instituciones del Estado, o cualquier otro tipo de expresiones que desde esa abstracta moral social pudieran considerarse improbables, a fin de prohibir aquello que no gusta.

II. LA INCIDENCIA DE LOS DELITOS DE OPINIÓN EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Es, por tanto, innegable la tendencia actual de criminalizar determinado tipo de discursos o expresiones que afectan a la sensibilidad o sentimientos de quienes los reciben, provocando un efecto perturbador en gran

parte de la sociedad, es decir, discursos o expresiones que se identifican por su carácter ofensivo⁹. Sobre esta base, hemos asistido a un imparable aumento de la persecución tanto legislativa como judicial de este tipo de discursos o conductas ofensivas, con el consiguiente riesgo para el libre ejercicio de la libertad de expresión que ello conlleva.

La limitación del mismo no puede fundamentarse de cualquier modo, es decir, no pueden establecerse restricciones que afecten a su contenido esencial, salvo que se identifique la existencia de colisiones con otros derechos fundamentales o intereses individuales que sean igualmente merecedores de protección. Desde esta perspectiva, señala DE DOMINGO PEREZ¹⁰ que si «*los argumentos para perseguir el discurso del odio se basaran en que este tipo de mensajes lesionan derechos fundamentales como el honor, el problema al que habría que hacer frente es el de si, verdaderamente, se está ante un conflicto o colisión entre derechos fundamentales y, caso de ser así, resolverlos*». O dicho de otro modo, la limitación o restricción de un derecho fundamental sólo podría proceder de la protección y amparo de otro derecho fundamental o interés que pudiera verse violentado por el ejercicio del primero.

Sin embargo, no ocurre esto con los delitos de expresión, dado que no constituyen comportamientos que lesionen intereses concretos de otros individuos, sino conductas ofensivas o reprochables que, en algunas ocasiones, pueden afectar a la sensibilidad de la sociedad o ser contrarias a la moral social imperante¹¹, cuya ofensividad se potencia por la expansión que conlleva el uso de Internet y las redes sociales al conllevar un efecto multiplicador de la difusión de cualquier tipo de mensaje y, en consecuencia, del presunto «daño» u ofensa que el mismo podría llegar a ocasionar¹². Desde esta perspectiva se podrían identificar dos fundamentos para la tipificación de los delitos de expresión así como su proliferación: la existencia de un discurso o expresiones que se apartan de las pautas y parámetros generalmente aceptados y, en consecuencia, se identifican como ofensivos o potencialmente dañinos para los sentimientos de la colectividad o, al menos de una parte de esa colectividad; y, por otro lado, que se hayan

⁹ MIRO LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid 2017, pág. 23.

¹⁰ DE DOMINGO PEREZ, «La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales», ob. cit., págs. 277 y 278.

¹¹ MIRO LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres», ob. cit., pág. 27.

¹² CABELLOS ESPIERREZ, «Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes», en *Revista catalana de Dret públic*, n.º 61, 2020, pág. 32; MIRO LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres», ob. cit., pág. 32.

verificado a través de internet o redes sociales, lo que, innegablemente, contribuirá a aumentar exponencialmente su difusión y presunta capacidad ofensiva.

Los problemas que plantea esta tendencia legislativa son diversos. En primer lugar, el hecho de que se constituyen como comportamientos que no afectan directamente a las esferas de los derechos fundamentales de otros, sino a «*sentimientos*» individuales o colectivos directamente relacionados con la moral o sensibilidad social. En un Estado que se configura como Democrático no resulta, o mejor dicho, no debería resultar, legítimo sancionar un discurso por el simple motivo de que ofenda a un individuo, a un colectivo o a la sociedad en general, sino que, para ello, resulta, o debería resultar, absolutamente irrenunciable que el mencionado acto de comunicación afecte a los derechos de individuos o colectivos de forma clara y concreta. Sin embargo, dado que los mencionados derechos individuales o colectivos no se identifican, probablemente porque no pueden identificarse, en aras de legitimar este tipo de delitos, se ha recurrido a argumentos diversos como la creación de un clima de hostilidad hacia determinados colectivos, provocando un temor en los mismos que originaría una situación de desigualdad respecto del resto de los ciudadanos que podría incidir en el libre ejercicio de sus derechos, de modo que se haría necesario (y a ello contribuye la creación de delitos de expresión) lograr un clima contrario de seguridad y garantía para esos colectivos, lo que podría tener la consideración de bien público¹³.

Son varias las consideraciones que pueden realizarse respecto de esta afirmación, en primer lugar que para garantizar el derecho a la seguridad, no resultan necesarias construcciones artificiales en tanto derecho fundamental que es, pero si es absolutamente imprescindible constatar que un comportamiento, sea del tipo que sea, provoca una clara y directa afección de esa seguridad, es decir, ocasiona un demostrable clima de temor e inseguridad en los individuos o colectivos a los que va dirigido. Y ello, en modo alguno, puede afirmarse de modo automático respecto de conductas que consisten en la expresión o manifestación de determinados mensajes, pensamientos y/o ideas. En segundo lugar, y concatenado con lo anterior, no todas estas expresiones ofensivas, reprobables o antidemocráticas van a contribuir a crear un clima de hostilidad hacia los sujetos o colectivos objeto de sus ofensas o críticas. Y en este caso, si el discurso de un sujeto responde a los elementos típicos de un delito de odio, pero no crea un clima de hostilidad, ni se ha constatado influencia o reacción de ningún tipo en

¹³ DE DOMINGO PEREZ, «La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales», ob. cit., pág. 278.

la generalidad de la sociedad, ¿se podría castigar el discurso o el mensaje? Obviamente, en mi opinión no; pero si ello fuera así, estaríamos dejando la existencia o no del delito en manos de un «*sentimiento*» que un colectivo o la sociedad en general tuviese en un momento determinado en relación con un determinado discurso; o dicho de otro modo, sería la moral o sensibilidad social imperante en cada momento la que determinará qué tipo de discurso es lícito y cual no. Y ello no sólo quebrantaría claramente el principio de seguridad jurídica sino que, a mi entender, supondría un ataque frontal al derecho fundamental a la libertad de expresión.

No debe olvidarse que el art. 1 CE propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y ello implica que cualquier limitación o restricción de los mismos necesariamente tiene que estar fundamentada en la existencia de una necesidad irrenunciable de proteger otros intereses o valores. El legislador en un Estado democrático de derecho no es libre para hacer uso y/o abuso del Derecho penal «*sino que necesita fundamentar su decisión política de prohibir una conducta y amenazar su verificación culpable con una pena*» en la vulneración de un derecho o interés digno de protección¹⁴, porque las garantías y derechos fundamentales recogidos en la Constitución «*constituyen límites que el poder del Estado no puede sobrepasar. Si los sobrepasa, ya no cabe hablar de Derecho en el sentido moderno del término: la ley que permite que el poder del Estado exceda de los límites que le imponen las libertades constitucionales es una ley que no respeta el Derecho, una ley jurídicamente inválida*»¹⁵. De este modo, se convierte en absolutamente necesaria la identificación de ese otro derecho o interés con el que presuntamente colisiona la libertad de expresión de modo que la emisión y/o difusión de un determinado discurso, lesiona o, al menos, pone en riesgo el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de otros sujetos. Por ello, señala acertadamente CARBONELL MATEU¹⁶ «*el problema no es si la decisión política de prohibir ha de ceder ante un derecho fundamental que prevalece sino si existe un derecho fundamental cuya necesidad de tutela justifica la decisión política de prohibir*».

Así, el derecho fundamental a la libertad de expresión de un ciudadano no ampararía aquellos casos en los que su ejercicio implicara la lesión o afección de otro u otros derechos merecedores de protección y, en

¹⁴ CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal», ob. cit., pág. 1414.

¹⁵ VIVES ANTON, «Garantías constitucionales y terrorismo», en *Terrorismo, Sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia 2018, pág. 28.

¹⁶ CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal», ob. cit., pág. 1416.

consecuencia, se podría prohibir ese comportamiento en tanto que lesivo para bienes jurídicos, como, por ejemplo, pudiera ser el honor. De no existir esa necesaria referencia, la prohibición de cualquier tipo de discurso o expresión implicaría la lesión del derecho a la libertad de expresión de modo que no podría entenderse legítimo un tipo penal que consistiera en la prohibición de un determinado discurso o expresión por más ofensivo, hiriente, molesto o antidemocrático que pudiera ser, si no se puede identificar una lesión o peligro para intereses o ámbitos de libertad ajena¹⁷. Y esto es lo que ocurre, en mi opinión, con los delitos de expresión o del discurso del odio, que, implican la criminalización de conductas que no conllevan lesión ni peligro alguno ni para la libertad ni para otros derechos fundamentales del resto de los ciudadanos, respondiendo en realidad a una más o menos desafortunada, más o menos reprochable, o más o menos grosera o hiriente expresión de opiniones o ideas, y, por ello, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión¹⁸; porque este derecho fundamental, sobre todo cuando guarda relación con la expresión de ideas políticas (sean éstas las que sean), no es un derecho más, sino como ya señalamos, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y el fundamento de un Estado democrático, que sólo puede verse afectado en aras de evitar la vulneración de otro valor o derecho fundamental.

El discurso del odio o algunas expresiones pueden no ser deseables o, incluso, desde todo punto de vista ser rechazables y reprochables, pero ello no implica que se pueda prohibir su manifestación. Es necesario la concurrencia de un plus añadido que permita empezar a plantearse la legitimidad de este tipo de figuras delictivas, y que podría identificarse con la incitación al delito¹⁹ que conlleve un peligro claro e inminente para los derechos de otros, de manera que sólo esta circunstancia adicional permitiría afirmar que quedarían fuera de la protección otorgada por el derecho a la libertad de expresión y, en consecuencia, su tipificación y castigo sería legítimo²⁰.

¹⁷ Señala VIVES ANTON, «Garantías constitucionales y terrorismo», ob. cit., pág. 28 que «la libertad necesita el espacio más amplio posible: su único límite ha de ser el respeto a la misma libertad en todos los demás».

¹⁸ VIVES ANTON, «Garantías constitucionales y terrorismo», ob. cit., pág. 30.

¹⁹ VIVES ANTON. «Garantías constitucionales y terrorismo», ob. cit., pág. 30.

²⁰ Así, por ejemplo, ALCACER GUIRAO, «Opiniones constitucionales», *InDret*, 1/2018, Enero 2018, pág. 12, señala que deberían quedar al margen de la protección constitucional «supuestos de incitación directa a actos concretos de violencia, de amenazas proferidas cara a cara –fighting words– o de injurias y calumnias proferidas sobre personas concretas»; DE DOMINGO PEREZ, «La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales», ob. cit., pág. 294.

Desde este planteamiento, la existencia de delitos de expresión o de discurso del odio, resulta innecesaria desde todo punto de vista. Respecto de aquellos casos que presenten gravedad suficiente por afectar concretos intereses o derechos ajenos porque ya encuentran (y encontraban) adecuada y suficiente respuesta en el ordenamiento jurídico penal mediante la aplicación de figuras delictivas ya existentes; y respecto de aquellos supuestos en los que se trata de sancionar la emisión de ideas, expresiones o discursos ofensivos, hirientes, reprochables o antidemocráticos pero que *per se* no representan ningún peligro o lesión específico y concreto, distinto del genérico que puede implicar cualquier expresión pública de ideas, porque su criminalización determinaría una innegable colisión y una consecuente lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión. Y la libertad de expresión no sólo es un derecho fundamental, sino que constituye un valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico que lo transforma en el *prius*²¹ del propio sistema democrático que implica que sólo causas muy justificadas permitan una restricción de los discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión. Y aceptar estas restricciones o limitaciones entraña un elevado riesgo de relativización de los derechos fundamentales, al pretender que el contenido de los mismos quede reducido a aquellas formas de ejercicio que carezcan de ofensividad o sean inocuas para otros bienes o derechos, dado que la mayor o menor amplitud del derecho fundamental (a la libertad de expresión) no puede vincularse a la peligrosidad de la expresión o discurso²², porque obviamente, desde la perspectiva de quien discrepa con su contenido, siempre será peligroso al manifestar o difundir ideas u opiniones que no comparte y/o que rechaza. Por ello, «*la lesividad de las conductas expresivas hostiles no puede erigirse en argumento suficiente ni para excluirlas del ámbito protegido de la libertad de expresión, ni, tampoco, para legitimar, sin más, la sanción penal*»²³.

La forma de enfrentar los posibles conflictos que se pudieran plantear a consecuencia de la emisión y/o difusión de determinados mensajes ofensivos, hirientes, hostiles o antidemocráticos, desde el respeto a la libertad (de expresión, ideológica, de información, etc.), tiene su punto de partida en la identificación del contenido y ámbito de ejercicio de ese derecho fundamental, a fin de poder concretar qué conductas responderían a su ejercicio legítimo y cuales quedarían al margen del mismo²⁴.

²¹ ALCACER GUIRAO, «Opiniones constitucionales», ob. cit., págs. 14 y 15.

²² CUERDA ARNAU, «Terrorismo y libertades políticas», en *Teoría y Derecho*, n.º 3, 2008, pág. 88.

²³ ALCACER GUIRAO, «Opiniones constitucionales», ob. cit., pág. 15.

²⁴ En el mismo sentido, DE DOMINGO PEREZ, «La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales», ob. cit., pág. 293.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

No podemos olvidar, como señala ALCACER GUIRAO²⁵ que «*el aplicador del Derecho puede remediar, en el caso concreto los déficits constitucionales del precepto (que deba aplicar) a través de una interpretación restrictiva y conforme a la Constitución del mismo, que evite ya una injerencia en el contenido del Derecho, ya una sanción desproporcionada*»; y por ello, la interpretación del tipo penal debe realizarse de la manera más favorable y menos invasiva y restrictiva para el derecho fundamental²⁶. Y ésta sólo puede ser la de impedir cualquier restricción del contenido esencial de la libertad de expresión, de modo que sólo cuando la conducta (discurso) concreto conlleve una incitación directa a la afeción de otros derechos o intereses ajenos podrá prohibirse penalmente, en tanto que ya no es libertad de expresión, y determinará cual debe ser la interpretación del tipo penal. Porque la respuesta penal se debe reservar para los supuestos realmente graves por implicar una intromisión en derechos o bienes jurídicos ajenos, evitando que el precepto se convierta en una clara amenaza para la libertad de expresión que permita interpretaciones extensivas y se aplique a conductas que constituyen una manifestación de la libertad de expresión, pero que pueden resultar molestas, ofensivas, perturbadoras o hirientes²⁷. Es evidente que todos los ciudadanos tienen derecho a sus propias convicciones y a expresarlas, incluso cuando «*algunas de esas opiniones puedan alterar coyunturalmente la paz pública, de que algunos ciudadanos puedan sentirse ofendidos*»²⁸, pero la forma legítima de actuar

²⁵ ALCACER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02, 2012, pág. 20.

²⁶ CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento», en *Revista general de Derecho penal*, n.º 8, 2007, pág. 30.

²⁷ Sin embargo, la tendencia del legislador penal actual no es precisamente ésta, sino, por el contrario, otra muy diversa. Y ello se puede deducir claramente de la incorporación del nuevo tipo penal previsto en el art. 172 quater CP, introducido por la LO 4/2022, de 12 de abril, mediante el que se sanciona el acoso a mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo, criminalizando comportamiento consistentes en realizar «actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaban su libertad». Si se trata de actos intimidatorios o coactivos que menoscaban la libertad, ya existían los correspondientes tipos penales que los sancionaban, y el castigo de «actos molestos u ofensivos» quedará necesariamente en manos de quien los recibe y lo que, es aún peor, de quien los ve o de quien los enjuicia, en tanto que no es precisa la denuncia de la víctima (apartado 5º). No sólo es una lesión de la libertad de expresión, es que también implica que la vulneración de la seguridad jurídica está servida.

²⁸ ALCACER GUIRAO, «Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática», ob. cit., pág. 26.

frente al discurso del odio es el intercambio de ideas, el diálogo y, en último lugar, las urnas, pero nunca la restricción de un derecho fundamental. Porque, señala ALCACER GUIRAO²⁹ «*la tolerancia hacia el otro ha de inculcarse con la palabra, no puede imponerse con la sanción penal*».

²⁹ ALCACER GUIRAO, *ibidem*.

Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural*

Héctor Olasolo** & Pablo Galain Palermo***



I. INTRODUCCIÓN

EL PRESENTE TRABAJO es parte de la obra colectiva que rinde homenaje al profesor Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, cuyos estrechos vínculos académicos y afectivos con América Latina son ampliamente conocidos. Como en los últimos años ha dedicado particular atención al fenómeno de la corrupción, con sus múltiples

* El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación «La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación «Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593.

** Catedrático de Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Preside el Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). ORCID: 0000-0001-9724-0163.

*** Investigador y Docente en la Universidad Andrés Bello (Santiago de Chile).

manifestaciones en España y América Latina, hemos decidido abordar este tema en tan especial ocasión.

Desde una perspectiva socio-económica, se puede hablar de corrupción cuando los bienes externos que se derivan de una actividad humana para quien la realiza (dinero, poder, reconocimiento, capacidad de influencia u otro tipo de interés personal) se imponen, o priorizan, sobre su finalidad social objetiva, que es la que le dota de sentido y legitimidad¹.

Este fenómeno es abordado por el Derecho internacional en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) (CNUCC) (único instrumento internacional anticorrupción de alcance universal [170 Estados Parte]), y en varias convenciones regionales desarrolladas en el seno de la Organización de Estados Americanos (1996), la Unión Europea (1997), el Consejo de Europa (1999) y la Unión Africana (2003). Todas ellas definen el fenómeno de la corrupción mediante su equiparación con ciertas conductas individuales que giran en torno al uso indebido del poder de decisión, o a la alteración de la esencia de un proceso, para beneficio propio o de un tercero. Como resultado, la definición jurídico-internacional de corrupción se diferencia sustancialmente de la de algunos crímenes internacionales, como los delitos de lesa humanidad, que ponen el acento en la sistematicidad o generalidad de la conducta prohibida y en su realización en desarrollo de la política o práctica de un Estado o de una organización².

Sin embargo, múltiples fuentes nos alertan de la insuficiencia de esta definición normativa para abordar el fenómeno de la corrupción. Así, con respecto a España, autores como Berdugo³ y Fernández Steinko⁴, han subrayado que la corrupción no es un fenómeno ocasional caracterizado por las conductas individuales de «unas pocas manzanas podridas» en aquellas

¹ ALLDRIDGE, P., «Reforming the criminal law of corruption», *Criminal Law Forum*, 11, 2001, pp. 287-322; MORALES, J.H., «El Salvador», en Olasolo, H./Buitrago Díaz, E./Mané Granados, C. S./Sánchez Sarmiento, A. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Volumen 12. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Valencia, Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2021, pp. 263-298. Disponible en: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/coleccion-perspectiva-iberoamericana-sobre-la-justicia/volumen-12-respuestas-nacionales-e-internacionales-al-fenomeno-de-la-corrupcion>.

² *Vid.* la definición de los delitos de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional: normas, obstáculos y propuestas», *Derecho&Sociedad*, 52, Junio 2019, p. 179.

⁴ FERNÁNDEZ STEINKO, A., *La economía ilícita en España*, Alianza, Madrid, 2021, pp. 29-30.

instituciones y organizaciones en las que se manifiesta, sino que tiene un carácter estructural.

Del mismo modo, en relación con América Latina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que conviven en esta región «desde casos aislados o esporádicos a prácticas generalizadas y cotidianas, de formas individuales a sistemas de corrupción, de desviaciones de poder a captura del Estado por bandas criminales»⁵.

A la luz de lo anterior, Transparencia Internacional (2009), distingue entre: (a) la «corrupción menor», que se produce en la relación directa entre el funcionario público y la ciudadanía (por ejemplo, los pagos para evitar sanciones o para acceder a la atención sanitaria o al sistema educativo); y (b) la «gran corrupción», que se genera en las altas esferas del poder e involucra importantes recursos⁶.

II. LA NATURALEZA ESTRUCTURAL DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN EL CASO ESPAÑOL

Como afirma Fernández Steinko tras analizar los procesos judiciales sobre generación de activos ilícitos tramitados en España en los últimos veinte años, la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción se refleja con claridad en el caso español. Según este autor, la corrupción vinculada a la malversación de bienes públicos genera en España un flujo de 24.000 millones de euros en impuestos ciudadanos que van a parar a manos privadas (el equivalente al 2,5% del PIB)⁷. Así mismo, las prácticas corruptas constitutivas de delitos urbanísticos, o contra la ordenación del territorio, provoca una pérdida patrimonial mínima al Estado de 13.000 millones de euros al año (1,4% del PIB)⁸.

El dinero obtenido ilícitamente es posteriormente transformado mediante distintas operaciones de blanqueo y puesto a disposición de quienes participan en los entramados que desarrollan estas prácticas⁹. Al no generar un incremento del PIB en España, estas formas de corrupción

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Corrupción y derechos humanos». Doc. Núm. OEA/Ser.L/V/II. 6 de diciembre de 2019, párrafos 512-513.

⁶ Transparencia Internacional. Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción, 2009.

⁷ FERNÁNDEZ STEINKO, A., La economía ilícita en España, cit., pp. 29-30.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 145.

constituyen una auténtica «redistribución predatoria de la riqueza publica hacia manos privadas»¹⁰.

Según Fernández Steinko, estas prácticas predatorias en las adjudicaciones públicas en beneficio de determinadas empresas y particulares (licitaciones de obras y servicios) y la utilización de dinero público para pagar bienes y servicios que no se prestan (o no se realizan como se había convenido) fueron concebidas durante la dictadura franquista aprovechando la falta de controles, y se han mantenido durante las más de cuatro décadas de democracia, lo que ha permitido consolidar verdaderas «redes clientelares»¹¹.

En este proceso de construcción de las estructuras de la corrupción en España, se han ido trazando delgadas líneas que separan las actividades legales de las ilegales, de tal manera, que para el ciudadano medio es difícil distinguir entre unas y otras. Por ello, en este contexto, la intervención del Derecho penal y del Derecho administrativo está abocada a ser poco efectiva porque «las multas no tienen efectos disuasorios, la demolición de inmuebles ilegales prácticamente no se produce nunca, las ilegalidades apenas tienen consecuencias prácticas y los silencios administrativos, destinados a cansar a los denunciantes, son una respuesta frecuente a las denuncias»¹².

A esto hay que añadir que, al margen de un periodismo de investigación que representa un pequeño porcentaje de las actividades de los medios de comunicación, estos últimos se colocan generalmente del lado del poder económico-financiero (inversiones) y político (autoridades), estigmatizando a los denunciantes en aras de un supuesto progreso, lo que limita significativamente los mecanismos para que las redes de corrupción salgan a la luz mediante su exposición pública¹³.

Solo así se puede explicar que los entramados de corrupción urbanística (consideradas por Fernández Steinko como el peor flagelo del país) tengan una media de duración en España de casi década y media, permitiendo las más variadas operaciones de especulación. De hecho, ha sido necesario pasar por una situación tan excepcional como la causada por la

¹⁰ *Ibidem*, p. 103.

¹¹ *Ibidem*, pp. 121 y ss.

¹² *Ibidem*, p. 157.

¹³ *Idem*; RINCÓN, O., «Perder es ganar un poco», en Caparros, M. & Fonseca, D. (eds.), *Perdimos. ¿Quién gana la copa América de la corrupción?*, Planeta, Argentina, 2019, pp. 315-318. La cara opuesta viene dada por las investigaciones independientes que pusieron al descubierto grandes entramados delictivos como los Panamá Papers. *Vid.* <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/>.

crisis económica de 2008 para que hayan salido a la luz muchas de estas estructuras, debido al aumento de las denuncias realizadas por quienes habiendo sido parte, o colaborado con las mismas, se han sentido perjudicados por «comisiones no pagadas, promesas incumplidas o favores no correspondidos»¹⁴.

Berdugo¹⁵ coincide en gran medida con el diagnóstico de Fernández Steinko y subraya que el problema de la corrupción en España está íntimamente relacionado con las estructuras clientelares de cuello blanco enquistadas de manera estructural en el poder político desde la dictadura franquista (principalmente en el ámbito municipal, en relación con el urbanismo, la ordenación del territorio y la construcción), que engrosan las cifras de la criminalidad oculta¹⁶.

Como los sectores inmobiliario y de la construcción, donde se concentran la mayor parte de las estructuras clientelares que fomentan las prácticas de corrupción en España, constituyen a su vez dos de los sectores económicos más importantes en términos de aportación al crecimiento y a la generación de empleo en el país, «[e]sto explica que las conductas urbanísticas transgresoras sigan siendo menos criminalizadas que otras formas de corrupción, que los delitos urbanísticos prescriban más bien rápidamente y que las reticencias a demoler construcciones ilegales estén generalizadas»¹⁷.

Las reflexiones y los datos estadísticos aportados por Berdugo y Fernández Steinko muestran cómo, en el caso español, es evidente la interrelación entre las estructuras que desarrollan y fomentan prácticas de corrupción, y el mundo de la política, la economía y las finanzas, lo que favorece el encuentro entre: (i) autoridades y funcionarios públicos; (ii) empresarios y profesionales que intervienen en mercados legales; y (iii) miembros de la delincuencia organizada que de manera sistemática y continua desarrollan actividades lícitas e ilícitas de forma paralela según una lógica racional de oportunidad empresarial¹⁸.

¹⁴ FERNÁNDEZ STEINKO, A., *La economía ilícita en España*, cit., p. 158.

¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El soborno internacional*, cit., p. 179.

¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal», *Revista Penal*, 37, 2016, p. 39.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ FERNÁNDEZ STEINKO, A., *La economía ilícita en España*, cit., pp. 987 y ss; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso», *Revista Penal*, 40, Julio 2017, pp. 25 y ss.

III. LA SEGURIDAD FINANCIERA Y LA SEGURIDAD FRENTE A LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO ELEMENTOS CENTRALES DE LA GRAN CORRUPCIÓN EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la corrupción no es ni un problema individual¹⁹, ni un problema exclusivo de los países en vías de desarrollo²⁰. Además, para autores como Manadipour y Thomson no es tampoco producto de la ausencia del Estado de Derecho porque las prácticas corruptas tienen lugar también en Estados con alta calidad democrática y fortaleza institucional²¹.

En este sentido, los estudios sobre la gran corrupción realizados en las últimas dos décadas (que muestran como la gran corrupción no parece responder a los estereotipos construidos por la criminología norteamericana para explicar el crimen organizado)²², afirman que el éxito de la mis-

¹⁹ JOLY, E., Impunidad. La corrupción en las entrañas del poder, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2003, p. 180; CORONADO, G., «Discourses of Anti-corruption in Mexico: Culture of Corruption or Corruption of Culture?», Portal Journal of Multidisciplinary International Studies, Vol. 5, Núm. 1, 2008, disponible en: file:///C:/Users/asus/Downloads/479-Article%20Text-2530-1-10-20080203.pdf; MILLER, S., Institutional Corruption: A Study in Applied Philosophy, Cambridge University Press, New York, 2017; HEIDENHEIMER, A./JOHNSTON, M., (eds), Political Corruption: Concepts and Contexts, 3rd. Edition, Transaction Publishers, London, 2002.

²⁰ GHAZI-TEHRAN, A./PONTELL, H., «Corruption in the United States and China: codes of conduct vs. crackdowns», Crime, Law and Social Change, 2020, pp. 73-92.

²¹ MADANIPOUR, A./THOMPSON, M., «Is globalization linked to low corruption in OECD countries?», Crime, Law and Social Change, Vol. 73, 2020, pp. 443-455. Sin embargo, el «déficit democrático» tiene injerencia en los índices de corrupción y de impunidad, entendiéndose «dentro de este concepto a los controles republicanos entre los distintos poderes de Estado, el papel de la prensa, la injerencia de los organismos de control del gasto público, etc». *Vid.* GALAIN PALERMO, P., «Uruguay», Olasolo et al (eds.). Respuestas Nacionales e Internacionales, cit., p. 388. En el mismo sentido, los partidarios de la teoría situacional preventiva y de las actividades rutinarias identifican una mayor oportunidad para la corrupción en las disfunciones sistémicas como la amplia discrecionalidad de los funcionarios, los bajos salarios y las deficiencias en los controles y las sanciones. De esta manera, la aplicación de las «mejores prácticas» permitiría para estos autores disminuir progresivamente las oportunidades de tiempo y espacio para las dinámicas de corrupción. *Vid.* GRAYCAR, A./SIDEBOTTOM, A., «Corruption and control: a corruption reduction approach», Journal of Financial Crime, 19, 4, 2012, pp. 384-399.

²² Pionero en el tema, THRASHER, F., La Banda (The Gang). Un estudio de 1.313 bandas de Chicago, NED Ediciones, Barcelona, 2021. Para una explicación de la teoría de la empresa, las decisiones racionales, las actividades rutinarias y el crimen situacional, FINCKENAUER, J., Mafia y crimen organizado. Todo lo que hay que saber sobre la mafia y las principales redes criminales, Península, Barcelona, 2010. Aún vigente y más cercana a la realidad, SUTHERLAND, E., El delito de cuello blanco, La Piqueta, Madrid, 1999.

ma depende del conocimiento profundo de los mecanismos financieros y jurídicos que pueden garantizar el futuro goce de los bienes y activos mal habidos. En particular, para que se produzca la «fuga de capitales» producto de la gran corrupción se necesita de «lugares seguros» (con independencia de que sean *off-shore* u *on-shore*), bancos y otras instituciones financieras y operadores jurídicos, que faciliten «el trasiego de los dineros» y «la salvaguarda de la identidad» de corruptos y corruptores²³.

Esta «seguridad» es esencial porque, como sucede en cualquier actividad delictiva el mayor efecto preventivo proviene del temor de quienes incurren en estas prácticas a ser investigados, condenados y privados de sus activos²⁴, de modo que dentro de un contexto de corrupción estructural debe existir una «seguridad financiera» para los dineros mal habidos, y una «seguridad frente a la aplicación del Derecho» que les garantice la no persecución, la persecución oblicua o la impunidad²⁵.

Con respecto a la «seguridad financiera», parece que en la práctica esta se ofrece a través de los grandes entramados financieros de Nueva York, Londres, París, Frankfurt, Tokio, Luxemburgo o San Pablo, con sucursales en las aproximadamente sesenta jurisdicciones confidenciales aun existentes (incluyendo Suiza, Liechtenstein o el Caribe, entre otras). Ellos permiten que la gran corrupción sea operativa y que los dineros ilícitos puedan ser repartidos entre los partícipes o socios de los grandes contratos públicos de la construcción, el petróleo, las armas, la aeronáutica, la extracción de minerales, la energía renovable o las telecomunicaciones, por poner solo algunos ejemplos que se repiten también en España y América Latina²⁶.

De esta manera, en lugar de una pluralidad de Estados independientes que ejercen sus derechos soberanos a establecer sus leyes y regímenes fiscales tal como lo crean apropiado, nos encontraríamos más bien, según Shaxson, ante «un conjunto de redes de influencia controladas por las principales potencias mundiales»²⁷. Así, existiría una gran «zona británica» controlada desde Londres (Jersey, Guernesey, Isla de Man, Islas

²³ SHAXSON, N., *Las islas del tesoro. Los paraísos fiscales y los hombres que se robaron el mundo*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2014.

²⁴ TREISMAN, D., «The Causes of Corruption: A Cross-National Study», *Journal of Public Economics*, Vol. 76, 2000, pp. 399-457.

²⁵ GALAIN PALERMO, P., «Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguayaya?», *Revista Política Criminal*, Vol. 16, N° 32, pp. 745-773.

²⁶ VIGUERAS, J., *Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20, Icaria*, Barcelona, 2009.

²⁷ SHAXSON, N., *Las islas del tesoro*, cit., pp. 53-54. Ver también VIGUERAS, J., *Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20, Icaria*, Barcelona, 2009.

Caimán, Bermudas, Bahamas, Gibraltar, etc.), una «zona europea» (Suiza, Luxemburgo, Mónaco, Liechtenstein, Andorra, Madeira, etc.), una «zona de influencia de EE.UU.» (Florida, Delaware, Nevada, Islas Marshall, Islas Vírgenes, Panamá, etc.) y una cuarta categoría que se «compone de rarezas inclasificables, como Somalia y Uruguay, que no han tenido demasiado éxito»²⁸. Es a través de este sistema mediante el cual parece, en última instancia, garantizarse la «seguridad financiera».

Con respecto a la «seguridad frente a la aplicación del Derecho», conviene subrayar que necesita de otros actores que operan institucionalmente para que a través de la misma se garantice la impunidad o el goce futuro de los dividendos de la gran corrupción²⁹. Sin embargo, como Fernández Steinko subraya, gran parte del éxito de la impunidad frente al sistema público de prevención y represión del delito depende de la complejidad del sistema financiero puesto a disposición para borrar «las pistas del dinero»³⁰.

De lo anterior se deduce que en las situaciones de gran corrupción convergen distintos intereses que operan como uniones de hecho entre emprendimientos legales e ilegales (con distintas «cajas» para operar y recibir dividendos, y con múltiples transacciones internacionales que dificultan o impiden la reconstrucción y trazabilidad de las operaciones), donde autoridades y funcionarios públicos, integrantes de partidos políticos, banqueros y empresarios actúan conjuntamente con numerosos facilitadores de sus negociaciones y transacciones corruptas, incluyendo lobistas, comisionistas y profesionales de la contabilidad, las finanzas y el derecho³¹.

De este modo, estructuras aparentemente legales (tanto dentro como fuera del Estado) y organizaciones al margen de la ley incurren sistemáticamente en prácticas de corrupción para la obtención de un lucro económico o de una ventaja indebida, ilegítima o injustificada, ya sea de manera directa o indirecta (a través por ejemplo del incremento del poder o de la capacidad de influencia)³².

²⁸ SHAXSON, N., *Las islas del tesoro*, cit., pp. 41 y ss.

²⁹ FERNÁNDEZ STEINKO, A. (ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, CIS, Madrid, 2013.

³⁰ FERNÁNDEZ STEINKO, A., *Las pistas falsas del crimen organizado: finanzas paralelas y orden internacional*, Catarata, Madrid, 2008.

³¹ JOLY, E. *Impunidad*, cit., p. 160.

³² BERDUGO, Í./LIBERATORE, A., «Presentación», *Estudios sobre la Corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños / Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, p. 9; THOMPSON, D., *Ethics in Congress: From Individual to Institutional Corruption*, Brookings Institute, Washington D.C, 1995; LESSIG, L., *Republic Lost: How Money Corrupts – and a Plan to Stop It*, Twelve, New York, 2011.

Además, como Ruggiero apunta³³, esta situación permanece, en gran medida, oculta a los ojos de los ciudadanos, como consecuencia, por un lado, de la ausencia de investigaciones administrativas y judiciales y, por otro lado, de la connivencia de una prensa devenida en actor político o empresarial³⁴, que defiende al sistema económico globalmente instituido como una «cuestión de Estado», tal como se aprecia en el caso de los «Panamá Papers»³⁵.

IV. RESPUESTAS A LOS DESAFÍOS DE LA CORRUPCIÓN ESTRUCTURAL EN ESPAÑA Y DE LA GRAN CORRUPCIÓN EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

A la luz de lo anterior, es evidente que la naturaleza estructural o sistémica del fenómeno de la corrupción, ya sea a nivel nacional en España, ya sea en el ámbito internacional de la gran corrupción, va mucho más allá de la teoría de las manzanas podridas que pueden ser arrancadas para que no contaminen a todo el árbol. Además, pone en riesgo las mismas bases del contrato social (la confianza en las instituciones) y propone un nuevo sistema de valores con nuevas pautas morales³⁶.

En consecuencia, el actual planteamiento jurídico-internacional sobre la corrupción, definida y abordada político-criminalmente como conductas individuales que giran en torno al uso indebido del poder de decisión, o a la alteración de la esencia de un proceso, para beneficio propio o de un tercero, es, sin duda, insuficiente.

Una visión de este tipo –máxime si dichas desviaciones tienden a atribuirse a algunas autoridades y funcionarios estatales principalmente de países en vías de desarrollo (ha sido necesario esperar hasta la aprobación en 2003 de la CNUCC para que se comiencen a abordar ciertos actos de

³³ RUGGIERO, V., *Crimes e mercados. Ensaio em Anticriminologia*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 207. Se trata de un «capitalismo de compadres» que permitió, por ejemplo, que el ex presidente de Nigeria, Sani Abacha, «utilizando empresas fantasma a través de grandes bancos norteamericanos, suizos e ingleses desvió más de 4 mil millones de dólares, congelados por la Justicia después de su caída». (sic), JOLY, E., *Impunidad*, cit., p. 189.

³⁴ RINCÓN, O., *Perder es ganar un poco*, cit., p. 317.

³⁵ LAURÍA, S., «Panamá», en Caparros, M. & Fonseca, D. (eds.), *Perdimos*, cit., pp. 145 y ss.

³⁶ Algunos autores, sin embargo, identifican variables como la inequidad y desigualdad social con incidencia en los niveles de corrupción. Ver YOLLES, M./SAWAGVUDCHAREE, O., *Understanding Corruption*, cit., pp. 125-135. Vid. También GHAZI-TEHRAN, A./PONTELL, H., *Corruption in the United States and China*, cit., p. 84; Padilla, D., *El virus de la corrupción*, cit., p. 39.

corrupción entre privados)– no solo es miope, sino que configura una visión de ajenidad sobre un problema construido sobre la «criminalidad del otro», ocultando así la criminalidad inmersa en el propio sistema («criminalidad de nosotros»)³⁷.

Ante esta situación, Berdugo es escéptico en cuanto a la eficacia que pueda tener el Derecho penal nacional en la lucha contra la corrupción en cuanto que fenómeno estructural que pone en peligro las bases del estado de derecho, y valora, en su defecto, el efecto preventivo que podrían tener los instrumentos internacionales para la construcción de una nueva política criminal³⁸. En su opinión, poco se puede esperar de la aplicación efectiva de la ley penal cuando en dos décadas de vigencia del delito de soborno transnacional en España, apenas existe una sola sentencia de condena por un caso que relaciona a una empresa editorial española con altos cargos del gobierno de Guinea Ecuatorial³⁹.

En consecuencia, no se necesitan nuevas reformas penales, ni más derecho penal simbólico, sino soluciones pragmáticas como la colaboración internacional, así como la modificación de las regulaciones políticas y administrativas que garanticen la transparencia en la gestión pública⁴⁰. Sin embargo, las normas jurídico-internacionales existentes (incluyendo las contenidas en la CNUCC) tienen un alcance limitado, son imprecisas y están poco articuladas⁴¹. De ahí, la importancia que para Berdugo tiene poner el acento en el desarrollo de normas internacionales como los *Principios Ruggie* con el objetivo de reforzar las responsabilidades de las empresas multinacionales en el marco de la globalización⁴², justo lo contrario de la política de desregulación fomentada desde la Unión Europea para dejar a estas empresas no solo fuera de las «redes penales» sino también de cualquier tipo de control normativo⁴³.

En nuestra opinión el principal problema que plantea el abordaje de la corrupción tanto en el ámbito interno español como internacional es su definición jurídica como un problema individual de algunas «manzanas podridas» que buscan una ventaja indebida. Esto ha provocado que tanto los instrumentos internacionales como la legislación nacional española se limiten

³⁷ YOUNG, J., *El vértigo de la modernidad tardía*, Didot, Buenos Aires, 2012, pp. 28 y ss.

³⁸ BERDUGO, I., *Corrupción y derecho penal*, cit., p. 29.

³⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El soborno internacional*, cit., p. 176.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Corrupción y Derecho penal*, cit., p. 25.

⁴² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El soborno internacional*, cit., p. 170.

⁴³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./PÉREZ CEPEDA, A., «Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a nuevas cuestiones», *Revista Penal*, Vol. 26, 2010, p. 91.

a tipificar ciertas conductas individuales que menoscaban el adecuado funcionamiento de la administración pública o afectan a la libre competencia entre privados en el mercado. Sin embargo, esta política criminal no permite abordar la dimensión estructural del fenómeno de la corrupción, que es la que, como hemos visto, realmente pone en jaque el estado de derecho y los sistemas de valores de sociedad española e internacional.

Por ello, la principal aportación que se puede realizar desde el ámbito jurídico es ajustar su definición normativa al verdadero alcance y naturaleza del fenómeno, para lo cual parece necesario incluir un elemento contextual (como ocurre con la categoría de los crímenes de lesa humanidad), que refleje la sistematicidad de la conducta prohibida y ponga el acento en su realización en desarrollo de políticas o prácticas estatales u organizacionales. De esta manera, las actuaciones de los sistemas de justicia civil, administrativa y penal, así como la normativa internacional relativa a la delimitación del alcance extraterritorial de las jurisdicciones nacionales y la cooperación judicial internacional, no se enfocarían en conductas individuales, sino que tendrían que analizar la forma de operar de las instituciones públicas y las organizaciones privadas en las que se presenten las prácticas corruptas.

Con base en esta redefinición normativa del fenómeno de la corrupción, es necesario estudiar a continuación hasta qué punto pueden ser efectivas para enfrentar su naturaleza estructural en los ámbitos nacional e internacional: (a) las medidas de autoregulación de las personas jurídicas (y en particular de las empresas multinacionales); (b) las medidas de responsabilidad civil por los daños generados; (c) las medidas de responsabilidad administrativa; (d) las medidas de responsabilidad penal y su posible extensión a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (lo que puede ayudar a reflejar mejor la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción); (e) las medidas relativas a los procedimientos civiles, administrativos y penales; y (f) las medidas relativas al alcance extraterritorial de las jurisdicciones nacionales y a la cooperación judicial internacional. Al realizar este análisis conviene, así mismo, tener en consideración hasta qué punto medidas de distinta naturaleza son complementarias porque refuerzan mutuamente su eficacia, o, por el contrario, son alternativas porque su aplicación conjunta menoscaba su eficacia.

En relación con las medidas de naturaleza penal, Hefendehl y Galain Palermo nos alertan que no basta con su adopción, sino que es necesario prestar particular atención a la política criminal para su aplicación⁴⁴. De

⁴⁴ HEFENDEHL, R./GALAIN PALERMO, P., El derecho penal económico en su dimensión global. Dogmática, criminología y política criminal, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2021.

esta manera, si bien se puede dar la impresión de que con la aprobación de normas jurídico-penales dirigidas a enfrentar la corrupción estructural se busca confrontar directamente este fenómeno, no es menos cierto que, como sucede en la actualidad con la normativa española relativa a la persecución del blanqueo de activos, se pueden aplicar de manera selectiva, persiguiendo ciertas prácticas corruptas y «tolerando» otras, como si en realidad se tratara de una política criminal para «los amigos»⁴⁵.

Es desde esta perspectiva desde la que se requiere un mayor análisis sobre la eficacia, que para evitar este tipo de política criminal podrían tener los distintos mecanismos jurisdiccionales desarrollados en el derecho internacional penal desde la década de 1990, incluyendo la posibilidad de establecer: (a) organismos internacionales que, como la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, puedan actuar en el ámbito interno para reforzar la capacidad del Ministerio Público; (b) jurisdicciones penales especializadas de naturaleza híbrida (nacional/internacional) como las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya o las Salas Especializadas de Kosovo; (c) jurisdicciones internacionales penales de ámbito regional (como la establecida por la Unión Africana a través del Protocolo de Malabo o la propuesta de una Corte para Latinoamérica y el Caribe); y (d) jurisdicciones internacionales penales de ámbito universal (como la propuesta de extender la jurisdicción material de la Corte Penal Internacional o de crear una Corte Penal Internacional contra la Corrupción).

Finalmente, somos perfectamente conscientes de que las respuestas jurídicas no pueden resolver por sí solas el problema y que es necesario articularlas con otro tipo de medidas extrajurídicas de naturaleza económico-financiera y socio-política, incluyendo, entre otras, las tendentes a establecer límites éticos para la economía de mercado mundial⁴⁶ y la actuación en el mismo de las instituciones financieras y las empresas multinacionales⁴⁷, las dirigidas en última instancia a favorecer la alternancia de partidos políticos en el ejercicio del poder (lo cual contribuye a la prevención e identificación de las tramas de corrupción)⁴⁸ y las relativas a limitar las posibilidades técnicas de facilitar las prácticas corruptas por los profesionales del lobby, las finanzas, la contabilidad y el derecho.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 73 y ss.

⁴⁶ GEORGE, S. /NAÏR, S. /RAMONET, I. /TODOROV, T., Frente a la razón del mas fuerte, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2005.

⁴⁷ GALAIN PALERMO, P./SAAD-DINIZ, E. (eds), Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo, Universidad Andrés Bello/Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁴⁸ RUGGIERO, V., Crimes e Mercados, cit., p. 147.

La necesaria (pero imposible) supresión del artículo 510 CP*

Wendy Pena González
Contratada predoctoral FPU
Universidad de Salamanca



I. INTRODUCCIÓN: LAS APOLOGÍAS EN ESPAÑA

TODA PERSONA QUE HAYA ESCUCHADO a Ignacio Berdugo impartir una clase o dar una conferencia le habrá escuchado hablar de la importancia de nuestro modelo de Estado y nuestra Constitución sobre nuestro Código penal: «la Constitución ordena el presente, pero mira al futuro»¹. En este sentido, las constituciones –que tratan de prevenir un retroceso a los pasados dictatoriales– incorporan los derechos humanos como contenido irrenunciable de las sociedades actuales y futuras.

En este contexto constitucional, particularmente nuestra Constitución recoge como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad (artículo 1.1 *in fine*), además de reconocer y proteger como derecho fundamental la libertad de expresión, opinión y pensamiento en su artículo 20. Y si bien es cierto que, en el marco de la perpetua tensión entre libertad y seguridad² ninguna libertad es ilimitada (para empezar, por la posibilidad de su entrada en conflicto con las mismas libertades de los demás ciudadanos y

* Artículo desarrollado en el marco del contrato predoctoral de Formación para el Profesorado Universitario (FPU), financiado por el Ministerio de Universidades.

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2017). *La justicia transicional en Brasil*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 14.

² PÉREZ CEPEDA, A. I. «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal». En Faraldo-Cabana, P. (Coord.). *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, 2007, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 95 y ss.

también con otras libertades y derechos fundamentales –como expresamente indica el apartado 4 del mismo artículo³–), también es cierto que desde luego debe estar muy justificada la facultad de intervención del *ius puniendi* estatal para limitar estas libertades.

Los límites para la intervención del *ius puniendi* en estas libertades vienen reflejados principalmente en los principios que la doctrina penal ha articulado para proteger las libertades de los ciudadanos de cualquier intervención excesiva del poder punitivo estatal en sus esferas de libertad privadas. En concreto, funcionan como límites claros a la intervención del estado a través del Derecho penal los principios de lesividad, proporcionalidad, fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho penal.

Poniendo el foco sobre la libertad de expresión, existen en nuestro Código penal diversos tipos que hacen zozobrar la vigencia de aquella en la medida y con las garantías requeridas por un Estado democrático de Derecho. Y ese es el caso de la apología y conductas afines. De hecho, Vives Antón caracterizó la apología como «un fantasma [que] recorre el Derecho penal de la democracia»⁴.

Antes del Código penal de 1995, varias sentencias del Tribunal Constitucional declaraban inconstitucional la penalización del elogio o defensa de ideas o la expresión de ideas subjetivas sobre acontecimientos históricos o actuales⁵. El nuevo *Código penal reguló la apología estableciendo que «solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito»*.

Sin embargo, tales limitaciones –la del propio artículo 18 CP y la de los previos pronunciamientos del TC– no son respetadas por diversos tipos penales introducidos en el Código penal como formas especiales de apología y figuras afines⁶. Sucintamente se puede afirmar que los delitos de enaltecimiento del genocidio, lesa humanidad y delitos discriminatorios, y los delitos afines, junto con los delitos de enaltecimiento, propaganda del terrorismo y afines suponen una grave quiebra de los principios orienta-

³ Al afirmar: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

⁴ VIVES ANTÓN, T. S. (2011). *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 814.

⁵ MUÑOZ CONDE, F. (2015). *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 592; GIMÉNEZ GARCÍA, J. (2007). «Arts. 571 a 580». En Conde-Pumpido Tourón, C., *Comentarios al Código penal*. Barcelona: Bosch, pp. 3706-3707.

⁶ Entre otros muchísimos autores, por ejemplo, así se pronuncia MUÑOZ CONDE, F. (2015). *Derecho penal, parte especial*. Op. Cit., p. 592, en relación con el enaltecimiento del terrorismo.

dores del Derecho penal y también, con ello, de los derechos a la libertad de expresión y opinión.

Objeto de este trabajo es el estudio del artículo 510 CP, que ya encuentra su antecedente en el art. 165 ter del anterior Código penal (introducido por la LO 4/1995, de 11 de mayo, «mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio»⁷), introducido por la proliferación en Europa de episodios de violencia racista y antisemita bajo simbología nazi, a lo que se une el contexto de la guerra en que se veía sumida la antigua Yugoslavia⁸. En todo caso, el art. 165 ter del antiguo Código penal hacía referencia a provocación o incitación «directamente o mediante la apología» a través de medios públicos a la discriminación de grupos por motivos discriminatorios; aclarándose que la apología debe constituir una «incitación directa a cometer delito» (163 ter.2 ACP).

En la actualidad el artículo 510 CP comprende una serie de delitos apologéticos, de promoción y de negación y trivialización de conductas históricas. Estos delitos plantean problemas en el marco de un modelo constitucionalista como el español⁹, que sitúa como criterio político-criminal básico la garantía de los derechos humanos en todas sus fases¹⁰. Esto, como ha reconocido Ignacio Berdugo, supone que nuestro sistema penal responda a un punto de partida ideológico, el de una sociedad personalista, de orientación hacia el individuo. Es decir, el Estado está al servicio de la persona para que sean efectivos sus derechos humanos¹¹.

⁷ LUZÓN CUESTA, J. M. (2018). *Compendio de Derecho penal, parte especial*. Madrid: Dykinson, p. 455.

⁸ Asimismo, la introducción de este delito en el antiguo Código penal se justifica por la presencia de manifestaciones generadas por tal fenómeno de violencia en tratados internacionales ratificados por España (el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio y el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965). El Convenio de Nueva York de 1948 en su artículo III prevé expresamente que las partes contratantes deberán castigar una serie de actos, entre los que se encuentra «la instigación directa y pública a cometer genocidio». De modo mucho más extensivo, el Convenio internacional contra la discriminación racial de 1965 en su artículo 4. a) establece que se debe declarar «como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación».

⁹ Su carácter de sistema personalista se sostiene, como afirma BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1987). «Derechos humanos y derecho penal». *Estudios penales y criminológicos*, n.º 11, p. 33, por ejemplo, sobre el artículo 10 de la Constitución.

¹⁰ *Ibidem*, p. 32.

¹¹ *Ibidem*.

Por ello, es inasumible que el Estado utilice el Derecho penal de modo paternalista, convirtiéndose en lo que se conoce como «*nanny state*», un Estado niñera que no permita a sus ciudadanos tomar sus propias elecciones (por ejemplo, como se verá que sucede en el artículo 510, al no permitirles pensar o expresarse de formas que para la generalidad de la sociedad resultan inmorales o indeseables). Del mismo modo, es inasumible que el Derecho penal se moralice, dejando de lado la necesaria laicidad del Derecho en la aplicación del mayor poder estatal, y vedando no sólo comportamientos lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos más importantes, sino también pensamientos o expresiones afines a tales comportamientos.

II. EL ARTÍCULO 510 CP: CONFIGURACIÓN TÍPICA

I. INTRODUCCIÓN

Tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se modifica¹² el art. 510 CP que comprende, en su apartado primero, una regulación de los delitos de promoción e incitación al odio, discriminación, hostilidad y violencia (incluyendo posesión y distribución de materiales idóneos para ello), de los delitos de negación y enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado o de sus autores, y que, en el apartado segundo, incorpora la sanción penal del enaltecimiento o justificación de delitos cometidos por motivos discriminatorios¹³. La finalidad de esta modificación es, según el Preámbulo de la LO, doble: «de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico».

¹² Como explica MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 741, esta reforma se justifica en la Exposición de Motivos por su necesidad de adaptarse a la Decisión Marco 2008/913/JAI y la STC 235/2007.

¹³ En su apartado segundo incluye, por otra parte, la sanción penal de determinados delitos contra la integridad moral, cuya justificación es mucho mayor que de los restantes delitos.

2. *Cuestiones sobre el bien jurídico*

Luzón Cuesta ha señalado que este es uno de los artículos que, en nuestro Código penal, protegen la igualdad, como valor superior del ordenamiento jurídico y como principio¹⁴; empero, es cierto que tal y como se configura, con tipos abiertos y sin requisitos de lesividad (como mucho, requiriendo la generación de un clima determinado), en realidad no protege nada. Los delitos de este artículo se han denominado por parte de la doctrina «delitos de odio»¹⁵ y también se consideran sancionables al ser expresivas del discurso del odio, extramuros de la libertad de expresión. En definitiva, los delitos del artículo 510 CP parece que deberían configurarse como delitos contra la discriminación, si bien en la práctica se configuran como delitos de odio, clima, expresión y opinión.

3. *Modalidades típicas*

a) Provocación genérica al odio, discriminación, hostilidad o violencia

En primer lugar, en la letra a) del apartado primero del art. 510 CP recoge la sanción de una provocación genérica¹⁶ al odio, discriminación, hostilidad o violencia. Así, castiga a quienes «públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél» (en adelante, contra un grupo), «por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad» (en adelante, los motivos expuestos en el art. 22.4 CP).

Por tanto, en el tipo objetivo se exige publicidad de las conductas, que consisten en el fomento, promoción, o incitación directa o indirecta, y el objeto de esas acciones deberá ser el odio, hostilidad, discriminación o violencia (es decir, se incluyen sentimientos como el odio o la hostilidad entre esos objetos). No se exige ningún resultado de peligro o lesión, siendo la incitación indirecta o el fomento los límites mínimos de la acción.

¹⁴ LUZÓN CUESTA, J. M. (2018). *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. Op. Cit., p. 454.

¹⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). *Discurso del odio*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 105.

¹⁶ *Ibidem*, p. 455.

El sujeto pasivo deberá ser un grupo, parte de este o persona determinada por razón de su pertenencia al grupo.

En definitiva, se trata de una provocación genérica que excede los límites establecidos para la apología en el art. 18.1 CP en la medida en que también se admiten la incitación indirecta, la promoción o el fomento, produciéndose un adelantamiento tal de la barrera de protección penal que la puesta en peligro del bien jurídico protegido se desdibuja, dificultando que se justifique la limitación de la libertad de expresión (en esas modalidades indirectas y genéricas). No obstante, según el TC en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, es suficiente para justificar el castigo de las conductas el que inciten de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia¹⁷. No se exige ningún resultado de peligro o lesión más allá del fomento, promoción o incitación.

Los objetivos de la incitación (la hostilidad, odio, discriminación o violencia), también son excesivamente amplios. El odio y la hostilidad, en particular, son meros sentimientos, y convertir un sentimiento en delito lleva consigo numerosos riesgos, entre ellos los de negación del principio «*cogitationis poenam nemo patitur*» y de trivialización del principio del hecho.

En cuanto al tipo subjetivo, aparentemente el tipo exige un *animus* especial discriminatorio¹⁸, pero según la STS 72/2018, de 9 de febrero, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio no requieren un dolo específico, sino que solo requieren la concurrencia de un dolo básico que «se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y de no tratarse de una situación incontrolada o de una reacción momentánea»¹⁹.

En adición, también se sanciona en la letra b) de ese apartado 1 del art. 510 CP un conjunto de conductas omnicomprendivas de todas las fases de producción, elaboración, facilitación, posesión con finalidad de distribuir, etc., de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para promover, fomentar o incitar directa o indirectamente al odio, violencia, hostilidad o discriminación contra aquellos grupos por los motivos discriminatorios. En este tipo se adelanta todavía más la barrera de punición, pues sólo se exige la posesión o facilitación de materiales que sean idóneos para producir esos efectos de favorecimiento (amplísimos y no necesariamente lesivos) de sentimientos hostiles o de odio. Se hace así referencia a acciones relativas a materiales o escritos que tampoco tienen que producir un resultado de lesión o peligro, sino ser

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal, parte especial*. Op. Cit., p. 742.

¹⁸ Un trabajo aparte merece el estudio de la inclusión de los «ánimos» dentro de los tipos penales.

¹⁹ STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ único.

objetivamente idóneos para provocar las acciones del apartado 1.a) (incluyendo las extensísimas *fomentar, promover, e incitar indirectamente*) y de nuevo se hace referencia a los mismos objetos (incluyendo, de nuevo, sentimientos como el *odio*). Ya se puede avanzar que no se aprecian visos de respeto al principio de lesividad.

- b) Enaltecimiento, negación o trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado

En la letra c) del apartado primero del art. 510, por su parte, se sanciona el enaltecimiento, negación y trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado o de sus autores. El delito de enaltecimiento del genocidio, previamente regulado en el art. 607.2 CP, había sido estudiado por el TC en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, donde se declaró inconstitucional el inciso «nieguen o». El TC había concluido que la sanción penal de la mera negación del genocidio «frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane», pues ni tendencialmente persiguen objetivamente la creación de un clima de hostilidad social contra las personas pertenecientes a los grupos ni pueden, *per se*, conseguirlo²⁰. En cualquier caso, el TC abrió la puerta en dicha sentencia a la regulación actual del art. 510.1.c) siempre que se exigiese otro elemento adicional: «que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado»²¹, requisito que sí incluye la redacción actual de la negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad, conflicto armado o de sus autores.

El art. 510.1.c) sanciona así a quienes públicamente «nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o

²⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 8.

²¹ *Ibidem*.

discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos». Se configura, así, como un delito de clima, exigiéndose sólo como resultado de peligro la promoción de un indeterminado clima de sentimientos hostiles, violentos, o de violencia o discriminación –pero además ese clima puede ser de sentimientos (ya que además de la discriminación o la violencia se vuelve a hacer referencia al *odio* y la *hostilidad*)–. El delito no deja de plantear problemas, como indica Muñoz Conde, dadas las campañas desarrolladas por los Estados que cometen los delitos mencionados con el fin de justificarlos o negarlos, que dan lugar a informaciones opuestas entre sí²². En cuanto al enaltecimiento o la justificación de los delitos de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado, les son extensivas las críticas que se ha hecho al enaltecimiento del terrorismo en otros lugares, a las que me remito²³ (en resumen, se configuran como delitos de opinión y carecen de la lesividad necesaria, convirtiendo al tipo en un delito de *autor*).

c) Enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios

Por último, la letra b) del apartado segundo del art. 510 CP castiga a «quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución». Se trata, de nuevo, de una «apología *in genere*» con sustantividad propia en relación con la genérica del art. 18 CP, dado que no se atiene a los límites señalados por este.

Se sanciona, por tanto, también en el art. 510 CP el enaltecimiento o justificación de cualquier otro delito cometido contra estas personas o grupos por motivos discriminatorios, agravando la pena si se promueve ese clima de hostilidad, violencia, etc. Aquí se debe tener en cuenta que la gravedad de los delitos que se enaltezcan se reduce (puede ser cualquier delito).

²² MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal, parte especial*, Op. Cit., p. 743.

²³ Por ejemplo, *vid.* CANCIO MELIÁ, M. y DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2019). *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?* Madrid: Aranzadi Thomson Reuters; PENA GONZÁLEZ, W., «El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: «Derecho penal del enemigo»» (2019). *CEFLegal*, n.º 221, 2019; PENA GONZÁLEZ, W. «El delito de enaltecimiento del terrorismo y el principio de lesividad» (2019). *Diario La Ley*, n.º 9458.

En segundo lugar, cabe señalar que el delito no recoge ningún requisito de resultado (ni de favorecimiento de un resultado de peligro, ni siquiera de un clima hostil), estableciéndose únicamente una agravación para los supuestos en que «se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos». Así, el tipo básico del delito es contrario al principio del hecho al castigar meras expresiones, por muy repudiables que estas puedan ser, determinando un adelantamiento de la barrera de protección hasta la barrera de las opiniones. La conducta sancionada penalmente no es constitutiva ni de una provocación a la comisión de los delitos discriminatorios, ni se exige que genere un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación, vulnerando también el principio de intervención mínima y sus derivados. Además, el potencial expansivo que se ha apreciado que tiene el delito de enaltecimiento del terrorismo en la práctica, también es trasladable a este delito, siendo claro ejemplo de un defecto de técnica legislativa en su redacción. Por todo ello, se debe considerar que el delito es vulnerador del derecho a la libertad de expresión y que las conductas que castiga no deben incluirse en un Derecho penal de un Estado democrático.

En el apartado 2.a) del art. 510 CP se incluye un delito contra el honor de estos grupos o sus miembros, que se deja al margen de este trabajo.

III. LA NECESARIA (PERO IMPOSIBLE) SUPRESIÓN DEL ART. 510 CP

1. *Un delito antidemocrático*

En el art. 510 se incluyen conductas apoloéticas, conductas de negación o trivialización de hechos históricos, y conductas de promoción, fomento, o incitación siquiera indirecta (conceptos jurídicos sobradamente abiertos e indeterminados) de sentimientos (hostilidad, odio). Además, no se exige en ningún caso que se produzca un resultado de lesión o de peligro para algún bien jurídico (sólo en la exigencia para el supuesto de negación o trivialización del genocidio y delitos afines de favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación –resultado absolutamente subjetivo e inconcreto–). Por ello, se opone al principio de lesividad (no existe un verdadero bien jurídico y si existe lo es la interdicción del discurso del odio que no es merecedor de protección penal pese a lo que digan los tribunales), y al principio de legalidad material y los principios de fragmentariedad y ultima ratio del derecho penal (sería mucho más eficaz una buena política educativa y las propias sanciones que establecen las propias redes sociales en el caso de que el delito se desarrolle a través de un medio

de comunicación). Incluso, este delito se opone al principio de legalidad formal por la absoluta ausencia de taxatividad en los conceptos ya referidos.

Por tanto, con esta extensísima regulación se está vulnerando el derecho a la libertad de expresión. No se quiere decir con esto que esas ideas y opiniones no sean reprochables, desde luego lo son moralmente, pero no se justifica por ello su punición a través del Código penal. Es clara la expresión utilizada por Vives Antón en relación con la apología, para justificar que no cabe limitar la libertad de expresión sobre la base de los daños que eventualmente se podrían producir por su ejercicio: «Aplastar la serpiente en el huevo [haciendo alusión a la famosa frase de Martínez Sospedra] conminando la simple expresión de opiniones y creencias revela una inadmisibles falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones»²⁴.

Se trata, en definitiva, de un delito incompatible con nuestro Estado democrático y de Derecho. Empero, no se puede extraer de ello una conclusión genérica sobre el carácter democrático del Estado. En cambio, lo que aconseja es su supresión para acomodar la parte especial de nuestro Código penal al carácter democrático y constitucional de las instituciones estatales.

2. *El problema de la Decisión Marco*

Sin embargo, pese a que aquí se sostiene que lo más razonable es la supresión de este delito, la Decisión Marco de 2008 –muy desacertadamente– impone su inclusión en nuestro ordenamiento punitivo (aunque, también debe aclararse, no con la amplitud y extensión con que lo incorporó después el legislador penal español, que es todavía menos comprensible).

Por ello, en relación con la regulación actual, lo que se debería hacer es reformar este delito, no para ampliarlo sino para restringirlo en la medida en que sea posible para mantener su conformidad con la normativa de la Unión Europea. A continuación se ofrece una propuesta de delimitación de las conductas del art. 510 CP.

3. *Una propuesta de la necesaria delimitación*

El contenido del artículo quedaría muy reducido, únicamente a lo que impone la Decisión Marco y con las aclaraciones que imponen las

²⁴ VIVES ANTÓN, T. S. (2007). «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico». *Lusitana. Direito. Lisboa*, n.º 4/5, p. 182.

garantías correspondientes a nuestro Estado democrático²⁵. El apartado 1 se reduciría a la incitación pública y directa por alguno de los motivos discriminatorios recogidos en el artículo 22.4 a la comisión de delitos contra la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral, la igualdad, la libertad, la libertad sexual, de daños, de genocidio y de lesa humanidad, contra grupos vulnerables o sus miembros, que genere el riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos²⁶. Parece oportuno reducir la conducta a la incitación pública y directa (de conformidad con el art. 18 CP en el respeto a la libertad de expresión), y que esa incitación no se dirija a crear sentimientos sino a cometer delitos (que es lo que protege el Código penal, y no la promoción indirecta de un sentimiento). Asimismo, es muy oportuno incluir un catálogo cerrado de delitos (los más graves) y exigir un resultado de peligro (el riesgo inminente de que se cometan esos delitos). También parece oportuno especificar el elenco de motivos discriminatorios (por exigencias de taxatividad).

Sin embargo, también parece adecuado (a diferencia de lo que ha considerado el GEPC en su magnífica propuesta) que en el apartado segundo se aclare que la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales, sólo serán delictivas (de conformidad con este artículo), si constituyen una incitación pública y directa a los delitos mencionados en el apartado anterior por motivos discriminatorios contra grupos vulnerables y siempre que se genere un riesgo inminente de comisión de dichos delitos. Y esta inclusión parece oportuna por exigencias de la Decisión Marco relativas a la apología, negación o trivialización y a la difusión o reparto de escritos (aunque la norma europea parezca, en este caso, en extremo desacertada –precisamente para que la inclusión de esta referencia sea lo más garantista posible–).

Asimismo, en el apartado tercero, se aclararía que es grupo vulnerable el que habitualmente es objeto de discriminación (siguiendo la propuesta del GEPC, pero aclarándolo en el artículo, a diferencia de la propuesta del GEPC, por exigencias de taxatividad).

²⁵ En relación con este apartado nos adherimos en general a lo propuesto por el GEPC (2019). *Una propuesta alternativa de delitos de expresión*, aunque con algunas matizaciones.

²⁶ Así lo defendí en el Webinar «Aporofobia: Una forma ignorada de discriminación», de la Universidad de Málaga, en diciembre de 2020. Título de la ponencia (que desarrollé junto a la catedrática Ana Pérez Cepeda y la investigadora Isabel García Domínguez): «Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: aporofobia y libertad de expresión».

En el apartado cuarto se podrían incluir también los delitos contra el honor de las personas pertenecientes a estos colectivos²⁷.

En cuanto a las demás conductas delictivas, dada la redacción actual, se considera que no se puede incluir, por exigencias del derecho a la libertad de expresión, ni la mera negación y trivialización ni el enaltecimiento, pues se debe exigir que las conductas generen al menos una incitación indirecta a la comisión de delitos. En general, además, el incluir el enaltecimiento de cualquier delito cometido por motivos discriminatorios, parece todavía menos justificado, por ello es oportuno limitarlo a los delitos más graves ya indicados.

En cuanto a las agravaciones, en primer lugar, el favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, debe ser suprimido como agravante porque se configura a través de conceptos subjetivos e indeterminados. Lo mismo sucede con la agravante de idoneidad para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor en el grupo. En segundo lugar, tampoco parece oportuno mantener la agravante la de realización de la conducta a través de un medio de comunicación social, internet o las nuevas tecnologías, pues solo constituyen una modalidad de comisión del tipo básico, al requerir este la publicidad.

En definitiva, ya que la normativa europea impone que se mantenga un artículo semejante al art. 510 CP, parece oportuno reducirlo al contenido de esta propuesta, mucho más coherente con las garantías de nuestro Estado de Derecho que la redacción actual.

IV. CONCLUSIONES

Afirma Ignacio Berdugo que el contenido general del Derecho penal viene vinculado a dos factores: la trascendencia política de las penas y la lesividad de los comportamientos típicos²⁸. Sin embargo, este segundo factor (el importante y necesario desde la perspectiva del Estado de Derecho y sus garantías) queda totalmente olvidado en los delitos incluidos en el ar-

²⁷ En cualquier caso, estos delitos no parecen más que una modalidad agravada de delitos contra el honor, por lo que podrían incluirse más bien en el título dedicado a ello. Si se mantiene este apartado de delitos contra el honor, parece desde luego necesario suprimir la referencia a la posesión, difusión, etc. de textos idóneos para humillar, menospreciar o desacreditar a estas personas o grupos, pues constituye un adelantamiento injustificado de la punición penal.

²⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2020). «Prólogo». En Matellanes Sanz, N. (Coord.). *Terrorismo, delincuencia organizada y justicia transicional: reflexiones y propuestas penales desde la Universidad de Salamanca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 9.

título 510 CP, que, dada su redacción típica actual, es contrario al principio de lesividad, al derecho penal del hecho, a la neutralidad del derecho penal y otros principios (proporcionalidad, *ultima ratio* y fragmentariedad, entre otros). Se convierten así en un signo más del populismo punitivo y lesionan nuestra Constitución y sus garantías adyacentes.

Este predicamento no es privativo de los delitos del art. 510 CP, sino también de otros delitos de expresión y opinión, como los de enaltecimiento del terrorismo, propaganda y delitos afines, que merecen un estudio separado²⁹. Asimismo, esta conclusión debe hacerse extensiva a cualquier otra propuesta de tipificar penalmente una expresión discrepante de nuestro ordenamiento. En este sentido, es también inadmisibles desde un punto de vista constitucional la tipificación propuesta por el PSOE y Unidas Podemos³⁰ de la apología y exaltación del franquismo como delito³¹, que ha adquirido notable popularidad entre gran parte de la población española.

En cualquier caso, las razones por las cuales se ha rechazado la tipificación de los delitos referidos *supra* deben hacer rechazar una expansión del Derecho penal que pretenda comprender este nuevo delito.

La cuestión no es que en democracia «no se homenajee a dictadores ni a tiranos» (como manifestaba la portavoz del grupo parlamentario socialista) sino que en democracia las instituciones públicas y el Estado no los homenajeen. Lo que unos y otros ciudadanos piensen sobre los dictadores o sobre sistemas políticos propios de otro milenio no debe ser objeto de censura —y menos por la vía jurídico-penal—, porque una democracia no

²⁹ Me remito a los ya citados CANCIO MELIÁ, M. y DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2019). *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, Op. Cit.; PENA GONZÁLEZ, W., «El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: «Derecho penal del enemigo»» Op. Cit.; y PENA GONZÁLEZ, W. «El delito de enaltecimiento del terrorismo y el principio de lesividad» Op. Cit.

³⁰ MARCOS, J. (10 de febrero de 2020). «El PSOE quiere que la apología y exaltación del franquismo sean delito». *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html (fecha de última consulta: 20/02/2020).

³¹ Entre otros motivos, esta propuesta suele justificarse a través de la comparativa con el StGb alemán, si bien, aunque en Alemania, como ha expuesto CANCIO MELIÁ, M. (15 de febrero de 2021). «Crimen y palabra». *El País*. Publicado en Diario del Derecho, Iustel, RI §1208037, se sanciona el uso de símbolos de organizaciones políticas declaradas inconstitucionales o prohibidas, se indica expresamente que el comportamiento no será delictivo si «sirve a la ilustración de la ciudadanía, a la defensa frente a planes contrarios a la Constitución, al arte o a la ciencia, investigación o enseñanza, a informar sobre noticias actuales o de la historia o a fines similares», o se exige para castigar la incitación al odio racial, que esta se haya hecho «de un modo idóneo para perturbar la paz pública».

debe penar las ideas, por muy reprochables que sean. La sanción penal de las libertades de pensamiento y expresión ni es necesaria, ni es admisible.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2020). «Prólogo». En Matellanes Sanz, N. (Coord.). *Terrorismo, delincuencia organizada y justicia transicional: reflexiones y propuestas penales desde la Universidad de Salamanca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2017). *La justicia transicional en Brasil*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1987). «Derechos humanos y derecho penal». *Estudios penales y criminológicos*, n.º 11, pp. 27-62.
- CANCIO MELIÁ, M. (15 de febrero de 2021). «Crimen y palabra». *El País*. Publicado en Diario del Derecho, Iustel, RI §1208037.
- CANCIO MELIÁ, M. y DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2019). *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?* Madrid: Aranzadi Thomson Reuters.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). *Discurso del odio*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 105.
- GEPG (2019). *Una propuesta alternativa de delitos de expresión*.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J. (2007). «Arts. 571 a 580». En Conde-Pumpido Tourón, C. *Comentarios al Código penal*. Barcelona: Bosch.
- LUZÓN CUESTA, J. M. (2018). *Compendio de Derecho penal, parte especial*. Madrid: Dykinson.
- MARCOS, J. (10 de febrero de 2020). «El PSOE quiere que la apología y exaltación del franquismo sean delito». *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html (fecha de última consulta: 20/02/2020).
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch
- MUÑOZ CONDE, F. (2015). *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PENA GONZÁLEZ, W., «El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: “Derecho penal del enemigo”» (2019). *CEFLegal*, n.º 221, 2019.
- PENA GONZÁLEZ, W. «El delito de enaltecimiento del terrorismo y el principio de lesividad» (2019). *Diario La Ley*, n.º 9458.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal». En Faraldo-Cabana, P. (Coord.). *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, 2007, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 95 y ss.
- VIVES ANTÓN, T. S. (2011). *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VIVES ANTÓN, T. S. (2007). «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico». *Lusitana. Direito. Lisboa*, n.º 4/5.

Los delitos de cohecho tras las reformas penales de 2010 y 2015: una visión panorámica y crítica

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel Polaino Navarrete
Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Sevilla



El Profesor Ignacio Berdugo, nuestro ilustre homenajeado, ha consagrado de manera admirable su vida al estudio del Derecho penal. A lo largo de varias décadas, nos ha ofrecido varias decenas de estudios de Parte general y de Parte especial, en los que ha vertido su fina visión crítica y su elegante moderación intelectual. Ignacio Berdugo también se ha preocupado por contribuir al correcto desempeño de la función pública en los diversos puestos que a lo largo de su vida ha ocupado. Quiero ofrecerle, con todo afecto, en su homenaje estas reflexiones sobre uno de los aspectos nucleares del Derecho penal de la Administración pública, en testimonio de nuestro largo compañerismo y de nuestra renovada amistad.

I. SISTEMÁTICA

LA INCRIMINACIÓN DEL DELITO de cohecho, en el Capítulo V [*Del cohecho*] del Título XIX [*Delitos contra la Administración pública*], comprende la descripción de una serie de hipótesis típicas de cohecho *funcionarial* (cohecho *propio*) y de otras modalidades de soborno cometidas por personas *no titulares* de la función pública (cohecho *impropio*).

La tipología legal obliga a atender al carácter público o privado del sujeto activo del delito, a la diversidad de conductas típicas y a las formas de incidencia sobre el bien jurídico protegido. Las conductas de cohecho pueden ser realizadas por el funcionario desaprensivo que antepone sus intereses al legal ejercicio de la función, o por particular que trata de

satisfacer estas conveniencias económicas del funcionario. El Código prevé además la extensión del tratamiento dispensado al funcionario a determinados terceros (*extranei*) que son *equiparados* a los titulares de la función pública.

La tipología del cohecho pretende ser reflejo de la multiplicidad de corrupciones y sobornos que proliferan en torno al mundo funcionarial, en rededor de la esfera de abuso del poder y prevalimiento del cargo y del disfrute de la causa pública al servicio de enriquecimientos privados.

II. COHECHO COMETIDO POR FUNCIONARIO PÚBLICO (COHECHO PROPIO)

A) *Cobhecho del funcionario para incumplir por acción u omisión sus deberes profesionales*

La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, introdujo una modificación en la descripción del tipo fundamental de cohecho propio cometido por funcionario público, descrito en el art. 419 del CP, en virtud de la cual el anterior tipo legal de cohecho de funcionario *por* la ejecución de delito es sustituido por el actual de cohecho de funcionario *para* incumplir los deberes inherentes a su cargo. Dicha incriminación ha sido completada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015, al incorporar a la pena de inhabilitación especial que estaba prevista para empleo o cargo público la de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, e incrementar el límite mínimo de dicha pena, que de 7 años pasa a 9, manteniéndose inalterado el límite máximo de 12 años¹.

La conducta típica del art. 419 CP comprende una diversidad de modalidades de comportamiento, unas pasivas constituidas por la recepción o aceptación de contraprestación económica y otra activa consistente en la solicitud de la contraprestación, para incumplir los deberes inherentes

¹ Art. 419 CP: «La autoridad o funcionario público que, *en provecho* propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa *para* realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o *para* no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito».

a su cargo. Se tipifican tres básicas modalidades de ejecución de cohecho, que comparten como elemento común la motivación económica referida a una contraprestación o recompensa al funcionario venal. La autoridad o funcionario ponen precio al desempeño de su actividad en el caso concreto. El costo es sumamente elevado: la realización de un acto o la omisión o retraso de otro que son constitutivas de infracción de los deberes inherentes al cargo.

- La primera modalidad de cohecho es la conducta pasiva de la autoridad o funcionario público consistente en recibir dádiva, favor o retribución de cualquier clase, aunque en todo caso la contraprestación ha de tener un contenido económico. Tal conducta puede ser realizada por el funcionario directa y personalmente por sí mismo o bien por persona interpuesta, y en su propio beneficio o en el de un tercero.
- La segunda modalidad de la conducta típica es integrada por la acción de solicitar recompensa económica integrada por la dádiva, favor o retribución, para la realización de una acción u omisión que comporte infracción del deber del cargo. La iniciativa del acto incriminado (solicitud de la contraprestación económica) corresponde a la autoridad o funcionario corruptos, quienes han de demandar una recompensa económica a cambio de la ejecución de un comportamiento infractor de los deberes del cargo.

Es suficiente la mera formulación de solicitud de la contraprestación económica por parte del funcionario. No se exige la aceptación de la solicitud por el particular llamado a desempeñar la función de «corruptor hipotético», en tanto que la autoridad o funcionario acreditan ya ser corruptos al efectuar la solicitud de enriquecimiento ilícito. La acción de solicitar implica la activa puesta en práctica de la iniciativa de una conducta tendente a un objetivo económico cuyo logro el sujeto trata de conseguir provocando una determinada respuesta de tercero. La acción de recibir tiene una naturaleza pasiva al limitarse el sujeto a mostrar conformidad sobre la entrega que un tercero le hace. La entidad de las conductas de recibir o solicitar no se aprecia desde el exclusivo punto de vista de la dinámica de la acción, sino que se ha de atender al contenido sustancial del común objeto: la recompensa económica. La acción de solicitar tiene un carácter unilateral y exige la sola manifestación de voluntad de una persona, en tanto que la acción de recibir presupone un acto de acogida de naturaleza bilateral que se corresponde con la correlativa entrega efectuada por ajena persona.

- La tercera modalidad es integrada por la acción de aceptar ofrecimiento o promesa, que la autoridad o funcionario ha de efectuar con la misma aspiración económica de la obtención de un ilícito enriquecimiento patrimonial y asunción de la comisión de un acto infractor de los deberes inherentes al cargo. Esta modalidad en cierto modo es intermedia respecto a las dos anteriores del tipo legal. El sujeto de la aceptación no realiza la acción de recibir ni el comportamiento de pedir, sino que se limita a aceptar algo de valor patrimonial de manos de un tercero.

Mientras el objeto típico de las hipótesis de recibir o solicitar es una «dádiva, favor o retribución de cualquier clase», el de aceptar estriba es un ofrecimiento o promesa: un futurible referido a la contraprestación patrimonial.

Las modalidades *activa* de solicitar (dádiva, favor o retribución) y *pasiva* de aceptar (ofrecimiento o promesa) son constitutivas de un delito de mera actividad: la primera implica simple demanda de una entrega de futuro, y la segunda comporta acogida de algo inmaterial como es un ofrecimiento o promesa desprovistos de actual contenido tangible y sensorialmente perceptible. La modalidad pasiva de recibir (dádiva, favor o retribución) configura un tipo de delito de resultado material, por cuanto exige la producción de la transferencia de un bien de contenido económico desde la esfera patrimonial de un sujeto a otro.

Las acciones de «*recibir*» y de «*solicitar*» pueden revestir, por expresa disposición legal, las formas ejecutivas tanto directa («por sí») como mediata («por persona interpuesta»). La pasiva de «*aceptar*» ofrecimiento o promesa no es objeto de mención legal relativa a las formas ejecutivas, pero materialmente es susceptible asimismo de realización directa o mediata. La modalidad típica de la aceptación se caracteriza por la índole de ulterior traslado patrimonial, que es inherente al objeto mismo de la aceptación que implica proyección de futuro de materialización del contenido del ofrecimiento o promesa ilegalmente admitidos.

La significación patrimonial del objeto material del delito se aprecia en la expresión *en provecho* propio o de un tercero, delimitadora de un elemento del tipo indicativo de la cualidad económica de la dádiva, favor o retribución y del ofrecimiento o promesa.

La estructura de la figura legal incorpora la característica de actuar en provecho, que constituye un elemento subjetivo del injusto revelador del ánimo de lucro que inspira la conducta de la autoridad o funcionario, y que configura un tipo de delito de intención, en que se exige la singular finalidad del autor referida al provecho propio o de tercero,

independientemente de que el mismo se consiga objetivamente o no, que es propia de los delitos de intención, y dentro de ellos de su específica modalidad de delito intencional de resultado cortado.

El tipo legal contiene además otro elemento finalista del autor, quien ha de ejecutar la acción precisamente para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, o bien para no realizar o retrasar injustificadamente el acto que conforme al deber funcional habría de practicar. Esta característica de singular finalidad ulterior pretendida por el autor constituye un elemento subjetivo del injusto trascendente más allá del dolo y caracterizador de un delito de intención, en la específica modalidad de delito intencional mutilado de dos actos, caracterizados porque a inicial conducta básica realizada por el autor se une la finalidad del mismo de proceder a ejecutar una conducta ulterior del propio sujeto.

La STS de 8 de octubre de 1991 (BOE, ref. nº. 3043, Ponente: Carrero Ramos) consideraba que el tipo de cohecho no exige de modo necesario que la actuación ilícita llevada a efecto por el funcionario le esté específicamente atribuida al mismo, bastando con que el acto realizado sea relativo al ejercicio de su cargo, aunque no se trate de un cometido o función especialmente asignada a aquél.

El bien jurídico protegido es integrado por el correcto ejercicio de la función pública y por la incorruptibilidad de los titulares de la misma, sin la exigencia de cualidades funcionariales plausibles como la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración pública.

Se exige la concurrencia de dolo en la ejecución del tipo de injusto, que es presupuesto por la exigencia de los singulares elementos subjetivos del injusto incorporados en la descripción típica.

En cuanto a la consumación del delito, las formas típicas de mera actividad de solicitud de dádiva, favor o retribución y de aceptación de ofrecimiento o promesa se concretan con la mera realización de las modalidades activa (demanda) o pasiva (asunción) de conducta sin exigencia de producción de resultado material alguno. En cambio, la modalidad pasiva de la recepción de dádiva, favor o retribución es de resultado material y se consuma con la efectiva incorporación al patrimonio del funcionario de la contraprestación objeto de la traslación patrimonial.

La eventual ejecución por la autoridad o funcionario de una acción u omisión constitutiva de delito determinaría concurso de delitos con el cohecho. Así lo establece de manera expresa (aunque superflua) el inciso final del art. 419 tras la reforma introducida por la LO 5/2010 de reforma del CP, al afirmar: «... sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito».

Habida cuenta de la naturaleza personal convergente, a partir de la denominada participación necesaria que es peculiar de este tipo de delito, el particular que ofrece o acepta el objeto de la traslación patrimonial al funcionario corrupto no responde como partícipe en el tipo del funcionario, sino por la concreción de los tipos autónomos que prevén los artículos 424 y 425 del Código penal.

La LO 5/2010 de reforma del CP modificó la penalidad del cohecho funcional propio, incrementando el límite mínimo de la pena de prisión (que de 2 se eleva a 3 años, manteniendo el límite máximo de 6 años), modifica la pena de multa (que del tanto al triplo del valor de la dádiva pasa a multa de doce a veinticuatro meses) y deja inalterada la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 12 años). La LO 1/2015 de reforma del CP completó la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo con la de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, e incrementó el límite mínimo de dicha pena de inhabilitación, que (en lugar de 7) pasa a ser de 9 años de duración.

B) *Cobro del funcionario para realizar un acto propio de su cargo*

La LO 5/2010 configuró en el art. 420 del CP el presente tipo privilegiado de cohecho, que en sus elementos fundamentales coincide substancialmente con los exigidos en la descripción del tipo básico (art. 419) salvo una diferencia esencial: la no exigencia de la inobservancia de los deberes inherentes al cargo. La LO 1/1915 no sólo mantiene el tipo legal, sino que incorpora en el mismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo².

El núcleo diferenciador del tipo radica en que la conducta económica corrupta de la autoridad o funcionario público en este tipo no conlleva el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, razón por la que se configura este tipo privilegiado al que se determina una penalidad de menor gravedad.

La LO 5/2010 de reforma del CP, no obstante el carácter de tipo privilegiado de esta figura legal, modificó la penalidad del mismo en el sentido de la exasperación penal y del agravamiento punitivo: la pena de prisión se

² Art. 420 CP: «La autoridad o funcionario público que, *en provecho* propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa *para realizar* un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años».

duplica (de 1 a 2 años se eleva a 2 a 4 años), la de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva se transmuta en multa de 12 a 24 meses, y el límite máximo de la pena de inhabilitación especial se eleva (en lugar de 3 a 6 años pasa de 3 a 7 años). Tal proceso legislativo de exasperación penal es ratificado y acrecentado por la LO 1/2015, que cualifica el marco legal de la pena de inhabilitación especial prevista para el delito, que (en lugar de 3 a 7 años) para a ser de 5 a 9 años, e incorpora en la misma la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

C) *Cobhecho como recompensa a la conducta del funcionario*

La LO 5/2010 aportó una nueva descripción legal al art. 421 del CP, incriminando este singular tipo de cohecho, cuya configuración adolece de tan extraño fundamento político-criminal como defectuosa configuración técnica³.

En orden al fundamento político-criminal de la incriminación introducida por la LO 5/2010, parece colegirse el propósito del legislador de que no quede sin incriminar ninguna forma relevante de corrupción en el desempeño de la función pública. La LO 5/2010 recurre al insólito procedimiento de incriminar una conducta *ex post* del momento de comisión de la misma, asignándole efectos retroactivos desfavorables en base a una especie de *dolus subsequens* incompatible con el principio de culpabilidad y configurando el tipo delictivo con defectuosidad técnica que lo vicia de inviabilidad.

El art. 421 CP incrimina las acciones de recibir o solicitar recompensa por la previa realización de las conductas delictivas sancionadas en los artículos 419 y 420 CP, que ya dan lugar a la comisión de delito en el momento de su ejecución, y que por tanto no podrán ser objeto de doble incriminación sin incurrirse en la vulneración del principio *non bis in idem* y el quebrantamiento del principio de legalidad penal.

Una interpretación correctora de la ley de un precepto legal *contra reo* –en el sentido de entender que se cometieron las conductas tipificadas en artículos 419 y 420 CP sin requerir una contraprestación económica y que la posterior exigencia de recompensa constituye un tipo autónomo de cohecho incriminado *ex novo*– podría contradecir el principio de legalidad penal, pues elemento esencial del tipo es la realización de la «conducta descrita en dichos artículos».

³ Art. 421 CP: «Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos».

La LO 5/2010 efectúa en el art. 421 del CP una formal incorporación de una cláusula extensiva de penalidad que en realidad es de inviable aplicación en sus propios términos en virtud de las garantías inherentes al principio de legalidad. La doctrina penalista ha apuntado la eventualidad de la aceptación de un obsequio económico, ofrecido en atención no a actuaciones futuras del funcionario sino en reconocimiento y pago de actuaciones pasadas, planteando la hipótesis de cohecho subsiguiente⁴. Si la recompensa por unos hechos anteriores incide en la esfera penalmente protegida de incorruptibilidad actual del funcionario, su aceptación concretará el tipo de cohecho, pero no en otro caso por muy reprochable que fuera la conducta realizada, que tuvo relevancia en el momento de su ejecución. La instauración de este criterio, en los términos en que se ha efectuado por la descripción de la nueva figura legal desvalorativa de actos ya realizados, resulta cuestionable tanto por la presunta desvaloración retroactiva de acciones pasadas como por la omisión de exigencia de corrupción actual de asunción de conducta de futuro por el titular de la función pública.

Si antes de la actuación no existió promesa ni ofrecimiento aceptados ni entrega de dádiva o presente recibidos, después de realizada la actuación del funcionario no se concreta el tipo de cohecho a no ser que la contra-prestación económica solicitada o admitida se proyecte al futuro apreciando la corrupción del titular de la función en orden a su ulterior desempeño del oficio público, justamente el sentido contrario al preconizado por la LO 5/2010 de reforma del CP.

No se pueden desvalorar penalmente predisposiciones que pongan en peligro el correcto ejercicio de la función pública, referidas exclusivamente a actuaciones funcionariales históricas, anteriores a la admisión de contraprestaciones económicas ajenas y carentes de significación en el desempeño actual y futuro de la función pública. No se debe proteger bien alguno frente a un ataque ficticio, precisamente por su déficit de realidad, ni frente a un ataque histórico, por virtud de la irretroactividad penal, contra el «buen desarrollo» de la «gestión pública»⁵.

El hecho de la admisión de recompensa *a posteriori* del ejercicio de actividad funcional, por su extemporaneidad, no permite apreciar incidencia sobre el objeto de protección del tipo de cohecho, a no ser que la

⁴ ENRIQUE CASAS BARQUERO, «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal español», en *Documentación Jurídica*, núm. 19, 1978, págs. 200 y sigs.

⁵ LORENZO MORILLAS CUEVA / GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en Manuel Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo XVI, Edersa, Madrid, 1994, págs. 207 y sigs.

recompensa por hechos anteriores implique *ex ante* un precio de soborno de acciones futuras.

D) *Cobhecho por admisión de dádiva o regalo en consideración a la función*

La presente figura de delito de cohecho de funcionario público es descrita en el art. 422 por virtud de la LO 5/2010 de reforma del CP⁶. Inculmina este precepto un tipo de cohecho de autoridad o funcionario con estructura pasiva de la acción de admisión de dádiva o regalo con contenido patrimonial económicamente valorable, simplemente en atención al cargo o función de su titular. Integra un tipo de delito de resultado material, por virtud de la exigencia de admisión de un obsequio por parte de la autoridad o funcionario, que comporta la incorporación de un valor económico al patrimonio de éstos, siendo evidentemente admisibles las formas imperfectas de ejecución⁷.

Especial significación ofrece la conexión típica que la conminación penal presupone entre la admisión del regalo económico y la titularidad de cargo o función pública por parte del titular de la misma en cuanto receptor de un obsequio económico, constitutivo del objeto material de este delito de resultado. Esta conexión típica representa el núcleo valorativo de la figura legal y es constitutiva de una relación ocasional según la cual el ofrecimiento del obsequio se ha de efectuar precisamente «en consideración» a la función pública que ostenta el destinatario del objeto económico que es admitido. Aunque el obsequio se efectúe en consideración a la función, es una autoridad o funcionario quien lo admite. Para la concreción del tipo de injusto se requiere inexcusablemente una conexión entre el regalo de contenido económico y el desempeño del oficio público por el titular del cargo⁸.

Singular relevancia ofrece, en orden a la apreciación de la significación penal del elemento típico integrado por la dádiva o regalo admitidos por el funcionario público, el contenido de su valor económico en conexión con la función. La relación de conexión ocasional con la función pública viene fundamentada en dos elementos caracterizadores de esta relación: la significación objetivo-social del bien económico aceptado por el funcionario,

⁶ Art. 422 CP: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años».

⁷ ENRIQUE CASAS BARQUERO, «Observaciones técnico-jurídicas...», loc. cit.

⁸ ENRIQUE CASAS BARQUERO, «Observaciones técnico-jurídicas...», loc. cit.

en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (tal valor económico no puede ciertamente ser de carácter puramente simbólico, sino que en el contexto circunstancial en que la aceptación del mismo se produce ha de asumir una cierta entidad patrimonial que permita acreditar relevancia típica), y la eficacia subjetiva que el bien económico tenga en orden a la actuación funcional⁹.

El ofrecimiento y la aceptación de obsequios de contenido económico puramente simbólico, sean o no efectuados en consideración a la función o para la consecución de algún acto funcional, en la medida en que resulte socialmente adecuada su admisión quedará privada de relevancia típica al ser cubierta por una causa de atipicidad que la deja fuera del marco descriptivo del ordenamiento penal. Así acontecerá *v.gr.* en las muestras de aceptación social de los tradicionales obsequios navideños de una botella de licor al guardia, de un trabajo manual del alumno de Primaria a sus maestros, de una publicación por una editorial a sus autores, de una botella por una bodega a sus inspectores, de una muestra de laboratorio al personal sanitario público, u otros presentes similares en cualesquiera ámbitos de la vida de relación social.

El valor económico objetivo y la estimación subjetiva por parte de un funcionario público receptor del obsequio constituirán claves fundamentadoras de la tipicidad de la acción, de suerte que en esta hipótesis de cohecho pasivo la admisión de obsequios de cortesía o deferencia sólo adquirirá relevancia típica cuando trascienda efectivamente en el ejercicio de la función pública¹⁰.

No concretan el tipo de cohecho el obsequio de un ramo para decorar un altar o un paso, o la donación de un fondo bibliográfico para una biblioteca pública, ni la constitución de una fundación con el legado pictórico de un artista, sino la efectiva recompensa económica a la autoridad o funcionario (por ejemplo, la entrega de una joya para premiar el rendimiento funcional, o el reparto de maletines de comisiones).

E) *Cláusula de equiparación a funcionarios públicos*

La LO 5/2010 modificó el alcance subjetivo de la conducta de corrupción económica realizada por parte de personas que, sin ser titulares de la función pública, son equiparadas a los funcionarios, incorporando entre

⁹ ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», en *ADPCP*, tomo 34, fasc. 2-3, 1981, págs. 825 y sigs.

¹⁰ ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», loc. cit.

ellas a los administradores o interventores designados judicialmente. Por su parte, la LO 1/2015 incorporó a los administradores concursales al elenco de las personas equiparadas al funcionario por participar en el ejercicio de la función (art. 423 CP¹¹).

Esta cláusula extensiva de penalidad hace responder a determinados sujetos que no son funcionarios públicos como si lo fueran conforme a Derecho. Acaso con excepción de los jurados¹², los administradores o interventores judiciales y los administradores concursales, la nominación de los demás sujetos (árbitros, mediadores, peritos, y cualesquiera personas que sin ser funcionarios participen en el ejercicio de la función) implica una desorbitada extensión normativa de los sujetos activos posibles del cohecho propio del funcionario público.

El concepto de funcionario público no debe desvirtuarse extensivamente, por una pretendida proyección de funcionalidad pragmática, a toda persona que, por cualquier concepto y en cualquier situación, de algún modo tome parte en el desempeño de una actividad correspondiente al ejercicio de la causa pública. La participación en el ejercicio de la función pública sin causa legal legitimadora no sólo no confiere el carácter de funcionario público de quien así interviene, sino que incluso puede constituir una hipótesis de ilegítimo ejercicio de la función, susceptible de concretar un tipo usurpatorio de competencias funcionariales (*v.gr.*, quien aparece ante la colectividad ocupando asiduamente un despacho oficial como si fuera funcionario sin serlo). La fórmula «o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública» por su mera proclamación formal no legitima la actuación de todos los sujetos que en algún modo y circunstancia interfieran en la función. Debe ser entendida en el sentido de presuponer que tal participación sea conforme a Derecho.

Asistía plena razón a Casas Barquero¹³ cuando aseveraba que la aplicación de esta previsión normativa no sólo requerirá el dato fáctico de que un sujeto participe de hecho en la función pública, sino que es preciso además que el mismo tenga a su cargo el legal cumplimiento de ella. El Derecho penal debe permanecer apegado a la realidad, y no tiene por qué supeditarse a categorías normativas extrapenales, como la del concepto

¹¹ Art. 423 CP: «Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que *participen* en el ejercicio de la función pública».

¹² ROBERTO SÁNCHEZ OCAÑA, «Comentario», en Luis Rodríguez Ramos (Dir.) / Jacobo López Barja de Quiroga (Coord), *Código Penal comentado*, Editorial Akal, Madrid, 1990.

¹³ ENRIQUE CASAS BARQUERO, «Observaciones técnico-jurídicas...», loc. cit.

administrativo de «funcionario público», por cuanto al ordenamiento punitivo interesa fundamentalmente el «desempeño de la función» en lugar de la «titularidad del cargo»¹⁴. En la medida en que no puedan ser reconducidos al concepto de intervención criminal quienes formal y materialmente se equiparan con fundamentos legitimadores de la legalidad de su intervención al servidor de la causa pública, se atentará contra los principios de certeza y seguridad jurídica y quedará comprometida la constitucionalidad del precepto incriminador en los extremos indicados (Casas Barquero). La mera intervención de tales sujetos en la conducta de cohecho propio del funcionario no puede conferir a los mismos la cualidad de titulares de la función pública, los deberes legales que de ella dimanen, ni el tratamiento jurídico correspondiente a la misma.

Una vez requeridas las condiciones legales, formal y materialmente legitimadoras de la intervención en el ejercicio de la actividad de la función pública por parte de quienes *de facto* desempeñen una actividad de esta naturaleza para poder equipararse a los funcionarios públicos, mayor dificultad interpretativa sustenta –desde la óptica de las garantías legales de la titularidad de la función pública– la referencia a los árbitros, mediadores, peritos y demás participantes en el ejercicio del oficio público. Los particulares quedan radiados de la esfera de los funcionarios, y no son subsumibles en ninguna de las hipótesis de legitimación para el desempeño de la función pública. La norma prevé una impropia noción extensiva del funcionario público para determinados sujetos que tienen cierta intervención en procedimientos a través de los que se articula la actividad de la Administración.

El desvalor de la conducta corrupta de tales sujetos no debiera equiparse a la de los funcionarios públicos, pues la responsabilidad derivada de la asunción de deberes jurídicos públicos no es en ambos casos idéntica. Debiera haberse seguido un criterio de específicas previsiones excepcionales de equiparación (*v.gr.*, el quebrantamiento de un deber jurisdiccional de colaboración con la Administración de Justicia).

¹⁴ RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES, «Consideraciones político-criminales sobre el tráfico de influencias», en Manuel Cobo del Rosal (Dir.), *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, págs. 1087 y sigs.

III. COHECHO COMETIDO POR PARTICULAR (COHECHO IMPROPIO)

A) Tipo básico de cohecho del particular

La LO 5/2010 instauró en el art. 424 del CP¹⁵ una nueva configuración del tipo de cohecho cometido por particular (cohecho *impropio*), que la LO 1/2015 mantiene en sus propios términos incrementando la duración de la inhabilitación (que de 3 a 7 años pasa a la duración de 5 a 10 años) y adicionando la inhabilitación especial para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social.

Representa la contrafigura del cohecho propio del funcionario relativo a cada uno de los respectivos tipos de incriminación, y además añade un nuevo tipo referido a la corrupción en el ámbito de las ayudas y subvenciones públicas.

- El primer tipo legal (art. 424.1) es integrado por la conducta activa alternativa del particular que entrega u ofrece al titular de la función dádiva o retribución (el Código olvidar mencionar el equívoco término de favor incorporado en los tipos funcionariales) para delimitar la contrafigura delictiva del cohecho funcional. Establece las penas de prisión y multa previstas para los respectivos supuestos de cohecho funcional para que se realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no se realice o se retrase el que se debiera practicar, o en consideración a su cargo o función.

¹⁵ Art. 424 CP: «1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les corresponda.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años».

- El segundo tipo legal (art. 424.2) contempla la hipótesis de relación bilateral en la que la entrega de dádiva o retribución por el particular responde a la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, imponiendo las mismas penas de prisión y multa que a ellos les corresponda
- El tercer supuesto típico hace relación a los procedimientos de contratación, subvenciones o subastas convocados por las Administraciones o entes públicos (art. 424.3) y suscita la cuestión de si constituye un tipo autónomo de cohecho de menor gravedad (tipo privilegiado), o una hipótesis de agravación de los tipos básicos con la penalidad adicional de la inhabilitación especial para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de 5 a 10 años (tipo cualificado).

La dificultad de la interpretación radica en la propia defectuosidad de que adolece la descripción de la norma incriminadora (introducida por la LO 5/2010), que alude a actuación «conseguida o pretendida» de la autoridad o funcionario en relación con un procedimiento de contratación, subvención, etc.

¿Es de entender que la actuación conseguida o pretendida [descrita en la LO 5/2010 y ratificada en la LO 1/2015] no es en sí constitutiva del delito de cohecho? En ese caso, estaríamos ante un tipo autónomo, pues en relación a una conducta atípica se impone la pena de inhabilitación especial para contratar, obtener subvenciones, etc., y además sería una figura de contenido punitivo privilegiado, pues la penalidad con que se sanciona es inferior a la de los demás tipos de cohecho. ¿O por el contrario es de estimar que la actuación conseguida o pretendida es ya en sí constitutiva de delito de cohecho funcional? En tal supuesto, estaríamos ante una hipótesis típica de contenido punitivo cualificado en relación al cohecho del particular, pues a la respectiva penalidad del cohecho se ha de añadir la adicional de inhabilitación para contratar, recibir subvenciones, gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social.

La cualificación penal de esta figura delictiva de cohecho afecta no sólo a su autor propio y principal, el particular que atiende a la actuación corrupta del titular de la función pública, sino asimismo a la sociedad, asociación u organización. El art. 424.3 del CP incorpora una pena nueva tanto en su contenido punitivo (inhabilitación especial referida a contratación, subvenciones, beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social) como en su alcance personal (responsabilidad de la entidad representada).

La responsabilidad de la entidad representada por el particular es configurada como responsabilidad del representante que es imputada a la persona jurídica, pues la norma alude a que la penalidad se impondrá al particular «y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización» que tuvieren relación con el procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas.

Si se considera la interpretación del tipo autónomo, se hace responder al particular o a la entidad a la que representare por participar en acto atípico del titular de la función pública. Por el contrario, si se acoge el criterio interpretativo del tipo cualificado, se deja sin hacer responder a la persona jurídica (sociedad, asociación u organización) por ninguno más de los diferentes tipos de cohecho impropio (corrupción punible del particular) incriminados en el Código.

Desde el punto de vista técnico, la descripción de la «actuación conseguida o pretendida del titular de la función responde a la estructura de delito subjetivamente configurado perteneciente a la categoría de los denominados delitos «de empresa» o «de emprendimiento», en los que se equiparan en penalidad la consumación y el acto ejecutivo imperfecto de la tentativa. Esta categoría es una modalidad de delitos subjetivamente configurados que requieren la concurrencia de un singular elemento subjetivo del injusto (*v.gr.*, la finalidad ulterior en los delitos intencionales del autor que actúa en su propio provecho o de un tercero).

B) *Tipo privilegiado de cohecho del particular*

El art. 425 CP¹⁶ precepto incorpora una específica causa de atenuación de la responsabilidad penal, inspirada en el principio de la no exigibilidad de otra conducta: la relación penal de parentesco entre autor y beneficiario de la acción de soborno. La situación de conflicto entre intereses contrapuestos se resuelve a favor del mantenimiento de la tipicidad de la conducta lesiva del correcto ejercicio de la función pública y de la incorruptibilidad de la misma, pero reduciéndose sensiblemente la punibilidad de la conducta.

El reconocimiento del principio de la no exigibilidad de otra conducta, en función de la estimación de otros bienes prioritarios, se concreta en este

¹⁶ Art. 425 CP: «Cuando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año».

caso en la estimación de la salvaguarda de los intereses familiares y bienes de personas con las que el autor está ligado con razones de afectividad.

La LO 5/2010 incrementó la penalidad en el presente supuesto típico de cohecho, al sustituir la pena originaria (multa de 3 a 6 meses) por una pena mucho más grave (prisión de 6 meses a un año).

La atenuación de la conducta típica por virtud de relación de parentesco familiar o de vínculo matrimonial entre el sujeto activo y la persona vinculada familiarmente al mismo, se reconoce sólo en el ámbito de ejecución del delito en una causa criminal, en la que entran en juego los bienes personales del justiciable respecto del que opera la específica atenuación del tipo privilegiado de cohecho del particular.

C) *Excusa absolutoria del particular que denuncia el cohecho*

El art. 426 del CP¹⁷ establece una excusa absolutoria en el delito de cohecho cometido por particular para el autor del mismo que procediera a la denuncia de este delito. La excusa absolutoria exime de responsabilidad penal al particular autor de cohecho cuando lo cometiere habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por el titular de la función. El término ocasional en este ámbito típico equivale a realización de la conducta de aceptación de la solicitud «en una ocasión», de forma que si el particular reitera la ejecución de las acciones típicas de cohecho no podrá acogerse a la exención de responsabilidad por la excusa absolutoria prevista legalmente.

La excusa absolutoria cuenta también con un límite temporal, pues sólo será relevante cuando la denuncia del comportamiento de cohecho funcional por solicitud de dádiva o presente, y de la inicial aceptación de tal solicitud por el particular, se produzca en el plazo legal de dos meses desde la fecha de la comisión de tales acciones.

Será preciso asimismo que la denuncia de los hechos por el particular se produzca ante la autoridad competente para promover la averiguación de los mismos, y con anterioridad a la apertura del correspondiente procedimiento.

Es indiferente que la motivación de la solicitud de dádiva o presente, por parte del titular de la función, radique en la ejecución de un acto que

¹⁷ Art. 426 CP: «Quedará *exento* de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos».

comporte o no quebrantamiento de los deberes inherentes al cargo, o se realice en consideración a la función o en recompensa de un acto funcional ya realizado.

D) *Imputación de cohecho a funcionarios extranjeros*

La imputación por la comisión de cohecho los funcionarios de la Unión Europea o de otro país extranjero fue introducida en el texto del Código penal por la LO 5/2010 y ha sido objeto de modificación por la LO 1/2015 y se recoge en el art. 427 CP¹⁸. Este precepto contiene una cláusula extensiva de penalidad que alcanza a todo funcionario, que lo sea por nombramiento o por elección, de un país de la Unión Europea u otro país extranjero, considerándose a estos efectos como funcionario cualquier persona que ejerza una función pública para un organismo público o una empresa pública o para la Unión Europea u otra organización internacional pública, así como todo agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

La tutela penal frente a la corrupción no discrimina nacionalidades ni organismos internacionales y comprende a todos titulares del ejercicio de la función pública de la Unión Europea o de cualquier país extranjero, no sólo a los funcionarios *stricto sensu* que formalmente accedan al cargo por nombramiento o por elección, sino asimismo a quienes participen del ejercicio de la función oficial propia de un Estado o de organismo o empresa pública (esto es, con fondos públicos) o de una organización internacional pública.

La imputación por cohecho se ha de dirigir contra todo sujeto activo que reúne la indicada cualidad de funcionario o de partícipe en el ejercicio de la función pública, pues a efectos penales se acoge un criterio no formal, sino material-real adecuado a las exigencias penales derivadas de la comisión delictiva de cohecho.

18 Art. 427 CP: «Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean *imputados* o *afecten* a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública».

La normativa vigente tras las reformas introducidas en nuestro ordenamiento sobre la materia deja empero traslucir un punto de imprecisión típica, que puede privar de legitimidad a la norma incriminadora: la referencia legal a «hechos» [delitos de cohecho] que «afecten a» los funcionarios extranjeros o partícipes en el ejercicio de la función equiparados *ope legis* a ellos, y que no son sujetos activos a quienes imputar la comisión de tales delitos. ¿Cómo ha de afectarle la comisión de los mismos? ¿Como víctimas? ¿Como perjudicados? ¿Como beneficiarios?

E) Responsabilidad de las personas jurídicas por cohecho

Incorporado en el Código penal por la LO 5/2010 el art. 427.2, en el que se instaura la penalidad de la persona jurídica por delito de cohecho, dicho precepto para a ser el vigente art. 427 *bis*¹⁹ por disposición de la LO 1/2015 de reforma del CP.

El art. 427 *bis* del CP es fiel reflejo del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido en el art. 31 *bis* para determinados delitos expresamente previstos en el CP, entre los que figura el cohecho. La responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta de una manera paralela por la ejecución de tales delitos en el marco de la actuación societaria por concretos particulares previstos por la ley, dando lugar a un régimen bifronte de responsabilidad penal: el del autor individual del delito y el de la persona jurídica en el que el mismo actúa.

Dos son las categorías de autores individuales que pueden cometer delitos en el ámbito de la actividad societaria fundamentando la responsabilidad penal de la propia persona jurídica: 1) los representantes legales

¹⁹ Art. 427 *bis* del CP: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se les impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido cuando la cantidad fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

o miembros dirigentes de la persona jurídica (art. 31 *bis.1.a*), actuando en nombre y en beneficio de la persona jurídica o bien por cuenta y en beneficio de la misma; 2) los subordinados de los representantes o dirigentes de la persona jurídica (art. 31 *bis.1.b*), actuando en el ejercicio de las actividades societarias y por cuenta y en beneficio de la persona jurídica y habiendo podido ejecutar el delito por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los representantes o dirigentes a los que tales autores están sometidos.

El art. 427 *bis* del CP lleva a efecto una traslación de las penas de los delitos de cohecho a la pena de multa que asigna a la persona jurídica en los siguientes términos: *a*) convierte la pena de prisión superior a 5 años correspondiente a la persona física en la pena de multa de 2 a 5 años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido si tal cantidad es más elevada; *b*) la de prisión de 2 a 5 años de la persona física, en multa de 1 a 3 años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido si tal cantidad es más elevada; *c*) las demás penas de la persona física por cohecho, en multa de 6 meses a 2 años, o del doble al triple del beneficio obtenido si tal cantidad fuese más elevada.

Tal régimen legal de transferencia de la penalidad del cohecho cometido por concretas personas físicas a la persona jurídica es rudimentario en la determinación del alcance punitivo y no respeta la proporcionalidad penal: una pena de prisión superior a 5 años se convierte en multa de 2 a 5 años; una pena de prisión de 2 a 5 años se convierte en multa de 1 a 3 años; y las otras penas se convierten en multa de 6 meses a 2 años.

Conforme a este insólito sistema de traslación punitiva a la persona jurídica de las penas correspondientes a la comisión de cohecho por la persona física, puede suceder que una pena de prisión superior a 5 años sea convertida en multa de 2 años, y que una pena de prisión inferior a 5 años (de 2 a 5 años) se convierta en multa de 3 años. El flagrante incumplimiento del principio de la proporcionalidad, por la instauración de tan deplorable mecanismo legislativo de arbitrio judicial, compromete la legitimidad y la justicia de la norma penal.

Injurias y mentiras

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal



I. INTRODUCCIÓN

EN SU LARGA ACTIVIDAD ACADÉMICA muchos son los temas en los que ha entrado la mirada crítica de mi amigo Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Catedrático de Derecho Penal, a quien discípulos y compañeros dedican este libro, en el que me honro en participar con estas pocas páginas, augurando a Ignacio una fecunda y amplia actividad en la condición de jubilado «formal».

Entre las materias que han merecido la atención de Ignacio Berdugo, están los delitos contra el honor¹ y he elegido para esta pequeña contribución algunos aspectos de esa cuestión por un motivo: hace bastantes años, ambos vivimos, a propósito de ellos, una peripecia común, provocada por sendos artículos sobre cómo debería modificarse el régimen legal de los delitos contra el honor. Ambos coincidíamos, desde razonamientos diferentes, en la necesidad de objetivar las figuras típicas, despojándolas de las excesivas cargas subjetivas que tradicionalmente las caracterizaban, y dando mayor significación a la objetividad y a la significación de la mentira.

El caso fue que nuestras ideas sobre la cuestión no convencieron a un sector de la prensa, que, indudablemente no había entendido nada, lo cual se tradujo en algunos artículos en los que, literalmente, nos ponían a caer de

¹ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor», Tecnos, 1987; «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal», ADP, t. 44, 1991-2; «La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español», Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, V. 65, 1989; «Revisión del contenido del bien jurídico honor», ADP, t. 37, 1984-2.

un burro, sugiriendo, más o menos, que nuestras ideas coartaban la libertad de expresión. Nada más falso, pues lo que deseábamos era que los delitos contra el honor se acomodaran también a los postulados de certeza y previsibilidad que se exigen para todos los hechos delictivos y que, además, se alejara del derecho penal la preferencia de los «conflictos entre sentimientos o sensibilidades» y se centraran las figuras en ataques objetivos. Pese a todo, no fue posible influir en el criterio del prelegislador, y los delitos contra el honor acabaron configurados, en el CP de 1995, como sabemos. El tiempo, no obstante, creo que nos ha dado la razón en nuestras sugerencias.

II. LA RESPUESTA PENAL: UNA DIFÍCIL GESTACIÓN

Cuando, hace muchos años, se abrió el debate en torno a cómo deberían ser los delitos en un Código nuevo y destinado a servir a una sociedad democrática constituida como Estado de Derecho, la España del siglo XXI, uno de los temas que generó mayores desacuerdos fue el de la tutela penal del honor, y, con él, de la intimidad y dignidad personal. Ciertamente se podía partir del «marco constitucional», pero esa es una vía meramente retórica, pues las disposiciones constitucionales no determinan cómo han de ser las normas penales y procesales, que deben, y ya es mucho, ser acordes y no contradecir, a la Constitución. La declaración constitucional sobre el derecho a la vida, y es un ejemplo, apenas ha servido para pacificar la discusión en torno a temas como la eutanasia o el aborto, y una situación similar se plantea en relación con temas como los derechos a la intimidad y el honor, el derecho a difundir información.

Cierto es que, en materia de libertad de información, derecho al honor y a la dignidad, las ideas de la sociedad española han ido evolucionando, en este como en otros temas que no hace falta enumerar. Pero no por eso han desaparecido los posibles conflictos entre libertad de informar y derecho a la intimidad, dignidad y honor. Ese ha sido y es un problema permanente, que, como es lógico, ha merecido siempre especial atención de los medios de comunicación, pero lo sucedido en esta materia tanto en la jurisprudencia del TC como en la configuración de las leyes penales tiene una raíz más profunda.

España pasó de una situación de censura y falta total de libertad de información y crítica, a un régimen democrático en el que se reconocía, entre otras cosas, que la difusión de información y el derecho a recibirla formaban parte de las condiciones necesarias para la formación de la opinión en una sociedad libre. Los excesos interpretativos en los que indudablemente fueron incurriendo las partes enfrentadas en estos conflictos

no pueden entenderse si no es partiendo de la conciencia de cuál era la situación anterior.

Desde que se iniciaron los trabajos de elaboración de un nuevo Código penal se dio por sentado que el conflicto entre esos dos derechos tenía que ir necesariamente a parar al derecho penal, lo cual fue tal vez el *primer error*. De la interpretación que se diera al contenido y límites de cada uno de los derechos fundamentales invocados dependía a su vez el grado de admisibilidad de la circunstancia eximente de ejercicio del derecho, que podría reconocerse a quienes resultaran acusados de haber cometido delitos de calumnia o de injuria, o delitos contra la intimidad o la imagen.

Al penalista, le puede sorprender, ante todo, la incapacidad de la sociedad española para resolver estos problemas *sin acudir al derecho penal*, pese a haberse dotado tempranamente de una legislación civil específica (la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de tutela civil del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen) que aunque redujo el recurso constante al procedimiento penal, convive con normas penales que permiten que por hechos análogos el ofendido disponga libremente de la opción entre la vía civil y la vía penal. Ello pone de manifiesto una particular visión de lo que es la obtención de *satisfacción y reparación a través del derecho*, de modo además casi incomprensible, puesto que, aun tratándose de pretensiones punitivas, que no acarrear nunca penas de prisión, el interés más visible es el que se pone en la reparación económica de la ofensa. Una primera valoración ha de ser necesariamente crítica respecto de esa superposición normativa, del todo incomprensible a la luz del principio de ultima ratio.

El deseo de que los delitos contra el honor fueran coherentes con la Constitución estuvo presente desde el Proyecto de Código penal de 1980, hace ya 41 años. Pero la interpretación que de ésta hizo la jurisprudencia constitucional no facilitó la labor. Desde la STC 104/1986 (asunto Soria Semanal) hubo una evolución de la jurisprudencia del TC que a la postre ha determinado que, en principio, se reconozca la preferencia del derecho de información en los casos de conflicto, siempre que se respeten dos principios: la veracidad de la información y el interés público de la noticia. Por su parte, la Sala Primera del TS, en ocasión de su solución a conflictos planteados ante la jurisdicción civil ha asumido íntegramente el criterio de la jurisprudencia constitucional.

Veracidad e interés se erigieron en los criterios nucleares de separación entre lo lícito y lo ilícito, lo que la Constitución puede proteger y lo que rechaza. Pero eso solamente resolvía una pequeña parte de los problemas, pues el propio TC advirtió, al poco de entrar en vigor el CP de 1995, que en ningún caso el derecho a la información permitía el uso añadido de palabras ofensivas (STC de 25-11-97, RTC 1997/204), con lo cual se continuaba

la tradición española de acoger en las leyes penales elementos *absolutamente valorativos*, por lo mismo, incompatibles con la certeza del derecho, y que, además, generan enormes dificultades llegado el momento de plasmar esas ideas en normas de derecho positivo, pues la fuerza ofensiva de una determinada expresión no puede ser juzgada solamente de modo objetivo y abstracto pues depende, lógicamente, de la particular sensibilidad y personalidad del ofendido.

La dificultad señalada surgió con toda claridad cuando se trazaba la diferencia entre la calumnia y la injuria. La calumnia puede ser apreciada a través de su significación penal (imputación de delitos), quedando entonces pendiente tan solo la veracidad – que conforme a una jurisprudencia consolidada se interpreta no de modo objetivo, sino como verificación de que el autor haya hecho todo lo razonablemente posible para comprobar la certeza de lo que dice. Pero en el (perturbador) delito de injurias todo es mucho más impreciso, por lo que no tiene que extrañar *su baja presencia* en la jurisprudencia.

III. LA MALA OPCIÓN DEL CÓDIGO PENAL Y LOS MOTIVOS PARA ELLA

La complejidad de esta materia tenía que dar lugar a lo que ha sido el camino seguido por el Código penal. Un sector de la doctrina penal española aconsejó abandonar la tradición penal hispana de describir dos delitos, los de calumnia e injuria, como única forma imaginable de acoger penalmente las ofensas al honor y como conductas, especialmente la de injurias, cargadas de componentes valorativos referidos a la subjetividad, y que necesariamente tenían que estar sometidas al derecho penal.

Respecto de la primera cuestión creo que ya se puede decir, a la luz de la experiencia, que *hubiera sido suficiente mantener el delito de calumnia* y, a lo sumo, una modalidad de injuria difamatoria que se limitara exclusivamente a la imputación de hechos falsos, objetiva o subjetivamente, a alguna persona. Pero el legislador de 1995, aconsejado por un funesto tradicionalismo penal, no solamente decidió mantener la injuria «valorativa», expresiones, adjetivos, etc., –de tan difícil apreciación y prueba– sino que además el tipo fundó la existencia posible de la injuria en la ofensa a la «propia estimación» de la persona ofendida, dando así entrada a una subjetivación ilimitada del bien jurídico (que, por esa sola razón dejaba de ser bien jurídico), completando el desastre –forzado desde el momento en que se decidió no limitar el delito a los hechos falsos o ciertos– con una concesión al irracionalismo, cual es la de hacer depender la gravedad de la injuria de aquello que se tenga en el «concepto público» por grave.

Como nos hemos acostumbrado a ese estado de la cuestión ya ni siquiera se señala que el legislador penal de 1995 (y de las múltiples reformas que habían de seguir) ni siquiera dio el paso lógico en orden a ofrecer una cierta coherencia en la política legislativa, que hubiera exigido, como mínimo hacer coherente la relación entre el Código penal y la vía de protección que ofrece el derecho civil a través de la antes mencionada Ley Orgánica de 5 mayo 1982 de tutela civil del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen. Si el legislador penal hubiera considerado seriamente que con esa Ley se ofrecía una vía de solución de los conflictos razonable por su amplitud y suficiente por las sanciones pecuniarias que contempla (sigue, por supuesto, vigente) hubiera podido despenalizar todas las modalidades de injuria que no son «objetivables», además de muchas invasiones ilícitas de las esferas de la intimidad personal y familiar y del derecho a la propia imagen.

No fue así, y, si se indaga por los motivos, las respuestas no son convincentes. En primer lugar, se dijo que la «tradición jurídica» española no entiende que los insultos graves no dispongan de una vía de acceso a la jurisdicción penal (aunque sea para llegar, como máximo a la imposición de una pena de multa), dado que la jurisdicción civil se veía como una repuesta «menos contundente», y frente a tan débiles argumentaciones de nada valía señalar ejemplos del derecho comparado.

Otro motivo que contribuyó poderosamente al mantenimiento de los delitos de injurias, e, indirectamente, y en parte, a la jurisprudencia constitucional sobre la veracidad de la información fue, qué duda cabe, el período de tiempo que va desde el inicio de la Transición hasta la aprobación del CP de 1995. En los medios de comunicación era frecuente encontrar informaciones sobre lo que ésta o aquella persona había sido o hecho durante el terminado franquismo, que sociológicamente seguía bastante presente, y del mismo modo que era visible el deseo de muchos de pasar página o de echar tierra sobre el pasado, desea tan fuerte como el de muchos informadores por sacar a la luz pública toda clase de crónicas sobre los curricula de muchos personajes.

A ello se añadía la información sobre intimididades del más variado signo, e una explosión lógica después de tantos años de prohibición y censura. Por aquel entonces las acciones penales por injurias o por calumnias sumaban centenares, y en ese contexto es relativamente comprensible que el legislador no juzgara oportuno reducir la presencia de la ley penal, esto es: despenalizar.

En cambio, justo es reconocer que la doctrina del TC sobre la libertad de información, su relación con otros derechos fundamentales, como el honor, la intimidad, la preferencia del primero conforme a una serie de condiciones, los conceptos como «relevancia pública» del personaje o «interés general»

de la información, o veracidad de la información, fueron construidos durante aquellos años, y, qué duda cabe, ha sido una jurisprudencia puesta en conocimiento de la opinión pública pues de ello se han encargado los periodistas en tanto que se consideraban (y se consideran) destinatarios naturales del derecho fundamental a difundir libremente información.

Desde un primer momento (Proyecto de Código penal de 1980) se quiso que los delitos contra el honor fueran coherentes con la Constitución. Pero la interpretación que de ésta hizo la jurisprudencia constitucional no facilitó la labor. Desde la STC 104/1986 hubo una evolución de la jurisprudencia del TC que al final dio en establecer, al menos por ahora, la preferencia del derecho de información en los casos de enfrentamiento.

Como sucede en otros casos los conflictos entre los derechos relativos a la información y a la libre expresión y los que conciernen a la honorabilidad y la intimidad o la imagen no han concluido, ni tampoco sería normal que así fuera, pues inciden en una dimensión lógica de las relaciones humanas, y es comprensible que los informadores quieran llegar hasta el máximo de conocimiento y opinar del modo que más atención pueda atraer – hay se inserta la antigua reivindicación del derecho a dar a la noticia el adecuado «tono periodístico» –o que a veces da lugar a la deformación de la información– más allá de lo que cualquiera puede decir o saber. Eso está en la normalidad de las cosas y de ciertas profesiones, como es comprensible que los ciudadanos soporten mal las informaciones referidas a sus personas. Por lo tanto, en España no sucede nada que no sea habitual en otras sociedades, a pesar de que se aprecie una extendida opinión de que aquí se dicen y escriben cosas que en cualquier democracia occidental provocaría la imposición de indemnizaciones millonarias.

Esas dimensiones sociológicas, o, si se quiere, de cultura constitucional son interesantes para reflexiones de política criminal. Pero lo sucedido en esta materia tanto en la jurisprudencia del TC como en la configuración de las leyes penales tiene una raíz más profunda. España pasó, en muy poco tiempo, de una situación de censura y falta total de libertad de información y crítica, a un régimen democrático en el que se reconocía, entre otras cosas, que la difusión de información y el derecho a recibirla forman parte de las condiciones necesarias para la formación de la opinión en una sociedad libre. Los excesos interpretativos en los que indudablemente incurrieron las partes enfrentadas en estos conflictos no pueden entenderse si no es partiendo de la conciencia de cuál era la situación anterior.

Regresando al punto central de mi crítica, en el concreto ámbito de los problemas jurídicos y político-criminales que rodean a la libertad de expresión y de información, le puede sorprender, ante todo, *la incapacidad de la sociedad española para resolver estos problemas sin acudir al derecho*

penal, y que lo máximo conseguido sea que, gracias a la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de tutela civil del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, el ofendido dispone libremente de la opción entre la vía civil y la vía penal.

Esa contumacia en mantener viva la vía penal pone de manifiesto una particular visión de lo que en la mente de muchos es la obtención de satisfacción y reparación a través del derecho, de modo además casi incomprensible, puesto que, aun tratándose de pretensiones punitivas, que no acarrear nunca penas de prisión, el interés más visible es el que se pone en la reparación económica de la ofensa. Pero la superposición normativa es una absurda manera de burlarse del principio de *ultima ratio*.

Veracidad e interés se muestran pues como los criterios nucleares de separación entre lo lícito y lo ilícito, lo que la Constitución puede proteger y lo que rechaza. Pero eso solamente resuelve una pequeña parte de los problemas, puesto que queda otra parte, que objetivamente puede ser menos importante, pero que humanamente puede ser fuente de grandes agravios, que es lo que sucede con el uso de palabras ofensivas, denigrantes, etc. El propio TC ha advertido que en ningún caso el derecho a la información permite el uso *añadido* de palabras ofensivas (STC de 25-11-97), con lo cual subsiste un problema valorativo que perjudica la posibilidad de traducir esa idea a normas positivas, puesto que la capacidad de ofender de una determinada expresión no puede ser juzgada solamente de modo objetivo y abstracto, pero so llegamos a la convicción de que el derecho penal solo debería entrar en juego cuando se traspase la barrera de la veracidad no sería adecuado *aumentar la antijuricidad de la conducta* a causa del uso de expresiones ofensivas.

En circunstancias en las que *exclusivamente* se produzca la ofensa verbal, escrita o gráfica, lo deseable (que no coincide con la actual amplitud de la tipicidad de las injurias), sería que esa clase de agresiones se dilucidaran ante la jurisdicción civil a través de la aplicación de las disposiciones de la antes citada Ley O.1/1982. En el caso de que las afrentas fueran el acompañamiento de difamaciones (faltas a la verdad), que es lo único que podría permanecer en el derecho penal, la única solución razonable tendría que ser que esas afrentas fueran valoradas en el momento de decidir el monto de la responsabilidad civil que, por cierto, en los procedimientos penales por delitos contra el honor, de acuerdo con lo que dispone el art. 1-2 de la Ley 1/1982, sin perjuicio de la preferencia de la respuesta penal, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esa ley establece.

Claro está que todo lo que estoy diciendo parte de un «presupuesto teórico», que sería una profunda revisión del delito de injurias

hasta dejarlo reducido *exclusivamente* a la falsa imputación de hechos no constitutivos de delito, pero que puedan dañar la imagen pública del ofendido. Esta es una alternativa político-criminal, por la que todavía no ha optado el legislador (y a saber si lo hará alguna vez) y que habría producido no tanto despenalización (que también, aunque la tasa estadística de procesos penales por injurias es baja) cuanto una *racionalización* de la intervención del derecho en la protección de un bien de tal importancia constitucional.

El contenido de la tipicidad de la calumnia ha querido ser coherente con la jurisprudencia constitucional, y por ello incorpora la veracidad en la manera que la entiende el TC, esto es, como aquella verdad a la que razonablemente ha podido llegar el informante, aunque no sea la verdad absoluta. Claro está que la valoración de la posibilidad de llegar a la verdad no puede ser confundida con la sustitución de la verdad *ante la imposibilidad de saberla*, que es lo que a veces sucede. Por ejemplo: el informante que sin conocer lo hablado o tratado en una reunión, atribuye a una persona haber dicho algo, y luego resulta no haber sido así. Es evidente que no puede acogerse a que ha hecho lo posible por averiguar la verdad y que él no es responsable de que no le hayan dejado asistir a la reunión, lo cual enlaza con otro problema diferente, a saber: la tesis de que la libertad de información conlleva que ninguna clase de actividad puede quedar vedada al conocimiento de los medios de comunicación, y, concretamente, de los periodistas, lo cual, como es lógico, no es cierto.

Pero este problema y otros similares se producirán siempre que se haga una lectura superficial de lo que dice la jurisprudencia del TC, que no es que la veracidad se da narrando los hechos desde donde el informante ha llegado, sino que exige la comprobación de un esfuerzo expreso por la verificación de la certeza de lo que se dice.

IV. EL TEMERARIO DESPRECIO HACIA LA VERDAD Y EL DERECHO A DIFUNDIR INFORMACIÓN

Es notable el esfuerzo doctrinal por desarrollar la importancia del concepto de «veracidad» de la información, y, siguiendo la jurisprudencia constitucional que daba preferencia al derecho a informar, se ha analizado el significado del «esfuerzo» por conseguir la verdad, así como el del «desprecio por la verdad», como frontera entre la tutela jurisdiccional y la conducta ilícita. La importancia crece a partir del momento en que la propia Ley penal recogió explícitamente el «temerario desprecio hacia la verdad» en el artículo 205, y reiterara la misma expresión en el art.456-1

CP, que describe el delito de acusación o denuncia falsa, figura afín a la de calumnia.

El Tribunal Constitucional, como he dicho antes, ha otorgado al derecho a difundir información una inicial preeminencia frente al honor de los particulares, por ser un ingrediente necesario para la conformación de la opinión pública plural en una sociedad democrática (cfr. STC 159/1986).

No obstante, la preeminencia de la libertad de información tiene un doble límite: la verdad y el *interés público*. El límite de la verdad o veracidad es de naturaleza objetiva-subjetiva, lo que se traduce en una idea de verdad consistente en la convicción adquirida por el informador sobre la veracidad de una información. Lo anterior comporta la exigencia de un *deber de comprobación y de contraste de la fuente de la noticia*; se trata pues de aplicar la diligencia necesaria exigible para comprobar el rigor y certeza de esa noticia (rigor en comprobarlo cual no sucede cuando ha habido temerario desprecio por la verdad).

Para estimar que una conducta ha sido temeraria basta con que concorra una actitud interna parecida a la del dolo eventual, esto es, admitir la posibilidad de que la información no sea cierta y, sin conceder importancia a esa probabilidad, continuar con el plan de difusión.

Esa situación se producirá en aquellos casos en que se dejan de observar los deberes subjetivos de comprobación de la fiabilidad de la información o de la fuente de la que procede, calibrando las posibilidades objetivas que ese individuo (la fuente) tiene en orden a conocer los datos o hechos que trasmite. Se ha dicho, con razón, que el temerario desprecio por la verdad también existe cuando, pese a lo mal que se ha elaborado la información, esta es acorde con la verdad, y no por eso será acusado de calumnia. Pero es una crítica sin fundamento, pues si la información es cierta no podrá decirse que ha habido un agresión al honor de otra persona porque el informador hubiera podido equivocarse, aunque eso no hubiera sucedido. La importancia de la *exceptio veritatis*, regulada en el art.207 CP como cláusula de cierre de la tipicidad no permite siquiera plantear la temeridad como conducta suficiente para integrar el tipo.

En teoría, el temerario desprecio hacia la verdad podría ser compatible con el error. En la doctrina se ha dicho que eso sucedería cuando el informador padece una equivocación evitable, sin haber despreciado la verdad (en el sentido del tipo). Pero si esa fuera la situación faltaría el desprecio temerario, que es un elemento de la tipicidad, sin necesidad de acudir a lo dispuesto en el artículo 14 CP en relación con el error vencible.

Cuestión diferente es que la atipicidad penal no impide el recurso a la vía del ejercicio de la acción civil al amparo de la Ley de Protección Civil

del Derecho al Honor de 5 mayo 1982, que expresamente incluye como fundamento del ejercicio de las acciones reparatorias la «*imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*»

Esa restrictiva interpretativa del ámbito aplicativo del delito de calumnia goza, en lo que alcanzo a ver, de amplio consenso doctrinal, habiendo coincidencia en torno a la idea de que el derecho penal positivo debe restringir su intervención a los casos de abierta contradicción con la verdad, potenciando en la medida de lo posible la vía de la jurisdicción civil.

V. DE LA DEFENSA DE LA VERDAD A LA TOLERANCIA HACIA LA MENTIRA

Hemos hecho un pequeño recorrido por la evolución de la tutela penal del honor, y en ese camino hemos aludido reiteradamente a la posición del Tribunal Constitucional, favorable a la preeminencia de la libertad de información, pero condicionada a la idea de «*libertad para decir la verdad*», guste o no guste.

Tanta es la fuerza que se otorga a la veracidad que ya el enfrentamiento no es solo con el honor o la intimidad de personas concretas, sino que incluso se llega a plantear si frente a esa posibilidad de difundir información veraz, y el correlativo derecho de la ciudadanía a recibir información necesaria para la formación de la opinión en una sociedad democrática, que abiertamente se plantea el conflicto causado por la existencia legal de secretos de Estado que pueden quedar vedados a la libertad de información. El tema es de gran interés, pero no podría entrar en él sin desviarme demasiado del camino.

El hecho sorprendente de nuestro tiempo es la enorme paradoja que supone la preocupación por proteger la libertad de informar y transmitir la verdad, rompiendo cualquier barrera que se oponga a llegar a esa verdad, y, paralelamente *perder el respeto al valor de la verdad.*

Es sorprendente la indiferencia con la que se transige con el creciente fenómeno de las noticias falsas (endulzadas con su nombre inglés de «*fake news*»), cuando se trata de algo que queda absolutamente fuera del derecho a difundir información veraz. Bien es cierto que cualquier pseudo periodista que divulga una noticia falsa corre a invocar el famoso artículo de Mariano de Cavia, cuando en 1891 informó de que el fuego había destruido el Museo del Prado, pero lo hizo para llamar la atención sobre el lamentable estado en que se encontraban los sistemas de seguridad de la gran pinacoteca. Pero de eso a la noticia falsa creada para «animar el

debate político», como públicamente ha aducido alguno de los defensores de ese «recurso periodístico» media un abismo.

No muy lejos de las «fake news» han de colocarse las «posverdades», que no son muy diferentes, con el agravante de que éstas últimas se han hecho con el título de «recurso legítimo» para provocar el debate político. Entran en el diccionario de la RAE como «información o aseveración que no se basa en hechos objetivos, sino que apela a las emociones, creencias o deseos del público», y sus defensores se refugian en la idea de que la verdad real no existe, sino que es una *construcción* de sentimientos o ideas sobre algo.

La tesis defendida por los defensores de la «legitimidad de la posverdad» es que la retórica siempre ha tenido la capacidad de hacer real lo que solo es imaginación o sentimiento, y eso se corresponde con la vieja idea de que una *mentira repetida mil veces se convierte en verdad*. Pero, simultáneamente, también se dice que no por repetir una opinión esta se transforma en la única cierta. En el plano filosófico no se puede olvidar la diferencia hegeliana entre verdades formales y verdades materiales, distinción que proseguía con la adscripción del Derecho y sus conceptos al campo de las verdades formales.

El paso siguiente es también conocido, y consiste en sostener que la verdad absoluta no existe o no es fácil que esté al alcance de todos, sino que la atribución de verdad a un hecho no deja de ser una «convención» entre observadores o, simplemente, de quien se haya interesado por ese hecho. Por esa vía, se concluye que lo real no consiste en algo ontológicamente sólido y unívoco, sino, por el contrario, en una construcción de la conciencia, sea individual o colectiva.

Podemos estar de acuerdo en que si hay algo «incompatible» con la verdad absoluta es los que hemos dado en llamar la «verdad histórica», la cual es realmente parte de una construcción de relato que obedece a lo que en su momento dijeron protagonistas o cronistas. Grandes episodios de la historia de España han sido explicados con las más variadas versiones, y no me refiero solo a sucesos alejados en el tiempo, sino próximos a nosotros como pueda ser, y es solo un ejemplo, la crónica de la Transición del franquismo a la democracia.

Las versiones o interpretaciones de los hechos históricos no son ciertas o falsas, sino, simplemente, acertadas o equivocadas, aceptables o rechazables. Del mismo modo, nadie es tan ingenuo como para suponer que los mismos protagonistas de una historia o suceso exponen la «auténtica verdad» cuando lo narran. Sin ir más lejos, basta con observar en el proceso penal la variedad de versiones que de unos mismos hechos dan acusaciones y defensas y sus correspondientes testigos, sin que se pueda decir, al menos, en principio, que la concesión de veracidad a un testigo debería

ir acompañada de la acusación de *falso testimonio* para quienes hubieran sostenido lo contrario. Y sabemos que no es así.

En nuestra historia reciente hemos conocido «mentiras de Estado», como la que aseguraba que Sadam Hussein disponía de un arsenal de armas de destrucción masiva y eso justificaba la invasión militar de Irak, en la que, desgraciadamente, participó España. De las mentiras, abundantes, que han caracterizado a la Presidencia de Trump en Estados Unidos, y no era el primer Presidente en caer en esa tentación, no hace falta poner ejemplos, bastando con la traca final de sus acusaciones de fraude electoral.

El fenómeno de la posverdad, palabra que ya ha llegado al Diccionario de la RAE y que es definida como «*distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales*», ha entrado, pues, en nuestra vida colectiva y así hay que asumirlo. Pero el problema, para el derecho, será decidir si esos «recursos», como la noticia falsa o la posverdad han de ser jurídicamente inmunes, pues el que el Diccionario de la RAE acepte un concepto nuevo nada tiene que ver con la legitimidad de la conducta de quien obra así.

Presentada la cuestión de las noticias falsas y las posverdades como «técnica periodística» o literaria resulta ser algo inofensivo, pero conceder esa «condición y capacidad» resulta gratuito y, lo que es peor, potencialmente injusto, y no solo porque en España sepamos bastante de posverdades y del precio que tienen.

A la pregunta relativa a si sería bueno reprimir penalmente a esas no-verdades (noticias falsas, posverdades maliciosas), con independencia de la vía civil, creo que debe responderse negativamente, pues es difícil concretar el daño real y, en cualquier caso, dotaría al autor de la noticia falsa de una inmerecida aura de mártir por la libertad de prensa, cuando lo cierto es que esas prácticas hacen mucho daño a la credibilidad de los periodistas y medios de comunicación serios.

Cuestión diferente es que la posverdad tenga «víctima directa», lo cual sucede cuando se atribuye falsamente a alguien que ha hecho lo que no ha hecho, lo cual ha de constituir una difamación o una calumnia, que no puede justificarse, como a veces se pretende, invocando el «perfil periodístico» dado a la noticia.

En cuanto a la utilización de la posverdad por la clase política, cuestión que se aleja del tema de estas páginas, por desgracia, no hay más esperanza que el buen criterio de los votantes, (si no están infectados por las posverdades) únicos con poder de enviar al retiro a sus apóstoles. Que todo eso sea indiferente para el derecho mientras que los excesos verbales de cualquier clase han de traer a escena a jueces, fiscales y abogados, es una buena muestra de perversión de valores.

VI. ¿UNA POLÍTICA PÚBLICA CONTRA LAS MENTIRAS?

Con ese panorama de tolerancia de la mentira, camuflada como posverdad, llegamos a la triste experiencia de la epidemia covid-19, en cuyos inicios, y aun después, abundaron las noticias falsas, muchas de ellas referidas incluso a la bondad o inconveniencia de tratamientos preventivos o terapéuticos, lo cual podía dar lugar a consecuencias desastrosas. Esa clase de efectos se correspondían con las preocupaciones que desde hace ya tiempo había en la UE en relación con la difusión de noticias falsas o bulos de riesgo que atañen a la salud o a la seguridad nacional o a los procesos electorales.

Con el convencimiento de que era preciso intervenir y era posible hacerlo, en 2018, la Comisión Europea aprobó un plan de acción para la lucha contra lo que llamó la «desinformación». En cumplimiento de sus indicaciones, todos los Estados de la UE han dictado normas o creado organismos destinados al seguimiento y, en su caso, sanción, de la difusión de noticias falsas.

En esa línea, se dictó en España una simple Orden ministerial que pretendía trasponer a nuestro derecho las recomendaciones de la UE (Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre), por la que se publica el *procedimiento de actuación contra la desinformación*, que, sin duda, es un programa mucho más modesto que el implantado en otros Estados, como, por ejemplo, Alemania o Francia, que ya en 2018 aprobó la ley contra la manipulación de la información, con especial atención a la protección de los procesos electorales y la exigencia de transparencia de las plataformas digitales, incluyendo la posible paralización de noticias falsas mediante mandato judicial.

Dicha Orden provocó regueros de protestas en Partidos de la oposición y en algunos medios de comunicación, que denuncian un proyecto oculto de establecimiento de la censura o cosa parecida y un ataque frontal a la libertad de prensa. Creo que tan virulenta crítica no está fundada, al margen de que la Orden en cuestión fuera un penoso ejemplo de farragosa literatura burocrática, que tal vez propiciará que haya funcionarios dedicados a elaborar carpetas de «fake news», pero, aparte de eso, es *inofensiva*, y, en modo alguno, amenaza a la libertad de prensa. Simplemente señalaba a todos los Departamentos la necesidad de seguir las informaciones deformadas o falsas con el fin de intentar neutralizarlas mediante la información veraz, a la que constitucionalmente tiene derecho el ciudadano, y esa tarea, como es lógico, solo puede llevarla a cabo la propia sociedad civil, en el sentido más amplio, y, por supuesto, los medios de comunicación, en la medida en que quieran colaborar en la lucha contra la «información falsa o desinformación».

Y no puede ser de otro modo. Los medios divulgarán lo que crean oportuno, de acuerdo con lo que establece el art.20 de la Constitución, *al margen de lo que les recomiende un comité gubernamental* porque en ello les va su propia credibilidad, que depende de la difusión de información veraz. La información falsa puede, en casos extremos, llegar al Código penal, por diferentes motivos, y ahí intervienen los Tribunales, pero fuera de esos casos solo puede ser refutada por los medios de comunicación que lo deseen.

La polvareda que se levantó no estaba justificada, y no hay riesgo de actuaciones que rocen el marco constitucional de la libertad de información o de prensa. Cuestión diferente es la «estética» del sistema, que no salía bien parada creando una comisión en el seno del Gobierno, en lugar de un organismo adscrito al Parlamento y con representación de los medios de comunicación.

Por otra parte, hay que echar mano de una buena dosis de optimismo o de ingenuidad para creer que el «programa» que pergeña esa Orden va a servir para algo en el tema de las *fake news*. Para empezar, cuesta concretar lo que es una noticia falsa y diferenciar entre lo absolutamente falso y lo que es falso solo en parte, y luego hay que valorar, de entre lo falso, lo que puede ser dañoso de aquello que es básicamente inocuo.

Otro problema, y mucho más grave, son las posiciones favorables al uso de las *fake news*, como recurso periodístico legítimo en orden a despertar el interés de la opinión pública. Es corriente situar el inicio del debate en la transmisión por radio por Orson Welles de la invasión de la tierra el 30 de octubre de 1938, consiguiendo alarmar a miles de ciudadanos que creyeron que se trataba de una retransmisión de la realidad.

Las noticias falsas tienen, pues, larga historia. Es sabida su utilización masiva durante conflictos bélicos, en forma de emisiones o propaganda que un bando lanza sobre el otro al objeto de desconcertar o desmoralizar al enemigo o a la población civil, o, sin necesidad de estar en guerra, la divulgación de noticias falsas para criminalizar a una parte de la población, como hicieron los nazis responsabilizando a los judíos de toda clase de problemas sociales.

También ha sido un arma usada en guerras del siglo XXI, y todavía podemos recordar la tesis, compartida en España por Aznar, de que Saddam Hussein escondía armas de destrucción masiva, lo cual, como luego se supo, era falso, y solo sirvió para engrosar ante la opinión pública los pretextos para una invasión y guerra cuyas consecuencias aún se padecen. Años después fue Trump quien declaró la inexistencia del «calentamiento global», que no era más que un invento de los chinos, y así justificar la salida de Estados Unidos del Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París,

a donde, por cierto, quiere regresar Biden, el nuevo Presidente. Como es lógico, la velocidad y capacidad de extensión de las redes de comunicación actuales y venideras hacen que el recurso a *fake news* sea cada vez más incontrolable, peligroso e impune.

Algunos Estados intentan, en la medida de su capacidad jurisdiccional, salir al paso del problema, y así, por ejemplo, Alemania y Francia imponen multas a las plataformas que publiquen, entre otras cosas, noticias falsas, y que no las eliminen después de ser requeridos para ello. En España solo se puede acudir al régimen común de publicación de la rectificación en el modo en que lo prevé la Ley 2/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, que no fue concebida para las noticias falsas ni, aún menos, para lo que sucede en la red.

En relación con este último problema es importante destacar la reciente *regulación del derecho de rectificación en internet*, introducido en nuestro sistema por la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en la que se reconoce el derecho de toda persona física o jurídica a que se corrija cualquier información no veraz que se haya publicado sobre ellas en cualquier medio, incluyendo las redes *on line*, responsabilizando de su efectividad a los responsables de redes sociales, plataformas digitales y servicios de la sociedad de la información.

El problema, no obstante, es que esa legislación, sin duda digna de aplauso, solo alcanza a los ataques y noticias falsas lanzados contra una persona física o jurídica, quedando fuera de su alcance la *falsedad en la información general*, a pesar del mucho daño social y político que pueda causar.

En suma, pues, la Orden ministerial que da pie a este comentario no es más que un modesto programa de seguimiento de un problema que puede ser muy grave, y a buen seguro la Orden es censurable técnicamente y yerra sin paliativos al no haber configurado un organismo independiente y con participación de los medios de comunicación, y eso emite un cierto tufo inquisitorial, pero que no llega a ocultar su previsible inanidad e inoperancia, más allá del malestar que pueda provocar la inconcreción de sus funciones. Pero no ha lugar a poner el grito en el cielo porque la libertad de prensa pueda ponerse en peligro, pero, en cambio, sí puede resentirse la seguridad jurídica.

Subsiste, no obstante, el interrogante, esto es: ¿los Gobiernos deben salir al paso de las noticias falsas o deben dejar que la ciudadanía, a la que debe reconocer su libertad de criterio, discrimine lo creíble y lo falso? La respuesta no es fácil, pues, por una parte, pueden darse importantes razones de seguridad y paz pública que demanden intervenciones inmediatas,

por ejemplo, en situaciones de alarma sanitaria o de suministros de productos de primera necesidad, a fin de desmentir noticias destinadas a alterar la ya notable preocupación de la población.

Fuera de esas situaciones especialmente graves, debería rechazarse el paternalismo que supone el solo hecho de atribuirse la obligación y función de filtrar y separar lo cierto de lo falso, tarea en la que el riesgo de confundir lo falso y lo opinable es tan visible como el de etiquetar de falso lo que simplemente no se desea que llegue al conocimiento general, solo que sin pasar por la legislación sobre secretos oficiales.

Hay Estados europeos que, en uso de su capacidad jurisdiccional, han decidido tomar medidas sobre el problema, y así, por ejemplo, Alemania y Francia imponen multas a las plataformas que publiquen, entre otras cosas, noticias falsas, y que no las eliminen después de ser requeridas a ello. En España, solo se puede acudir al régimen común de publicación de la rectificación en el modo en que lo prevé la Ley 2/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, que no fue concebida para las noticias falsas ni, aún menos, para lo que sucede en la red. En relación con este último problema, es importante destacar la regulación del derecho de rectificación en internet, introducido en nuestro sistema por la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en la que se reconoce el derecho de toda persona física o jurídica a que se corrija cualquier información no veraz que se haya publicado sobre ella en cualquier medio, incluyendo las redes «online», responsabilizando de su efectividad a los responsables de redes sociales, plataformas digitales y servicios de la sociedad de la información.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es evidente que la calumnia es una «noticia falsa», aunque nunca haya sido contemplada bajo esa condición, pero eso da pie a que se pueda establecer una primera limitación hacia la tolerancia de las *fake news*, y esa frontera ha de ser la ley penal, que no solo entraría en juego ante la calumnia, sino también en relación con la difusión de noticias falsas destinadas a alterar las condiciones del mercado en relación con precios o competencia, o las orientadas a provocar alteraciones de la paz pública.

Trazado el límite que constituye el Código penal, al que se deberá añadir la legislación sobre seguridad pública, así como las disposiciones que se dicten con ocasión de los estados de excepción o alarma, en las cuales se pueden incluir concretas advertencias y sanciones para quienes difundan noticias falsas que puedan alterar más la situación ya excepcional, creo

que se dibuja un ámbito de intervención jurídica suficientemente amplio, prescindiendo de las dificultades que pueda entrañar el descubrimiento de la autoría de la noticia falsa. La solución más «simple», que es la que consiste en castigar al divulgador en los medios, o al que la alojó para que pudiera circular por la red, no siempre será practicable, al margen de que puede ser injusta.

Fuera de esos límites quedará, claro está, un amplio espacio para que las noticias falsas campen a sus anchas, y eso, al margen de que sea inevitable, no creo que deba preocupar especialmente a poco que se confíe en la madurez de la población. Creo, por otra parte, que, por razones antropológico-culturales, frente a las mentiras y deformaciones de la verdad la ciudadanía española ha alcanzado, hace tiempo, la «inmunidad de rebaño».

La prueba de la motivación en los delitos de odio en un derecho penal garantista

María José Rodríguez Mesa
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Cádiz



La evolución del modelo de Estado, hacia un Estado social primero y social y democrático más tarde, va a exigir un contenido intervencionista que busque, como ya se ha apuntado varias veces, dotar de contenido real a los derechos constitucionalmente consagrados y hacerlo además de forma igualitaria y garantizando valores minoritarios¹.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

IGNACIO BERDUGO Y PÉREZ CEPEDA nos recuerdan que la fórmula empleada en el último párrafo del artículo 9.2 de la Constitución implica reconocer que en nuestra sociedad ni la libertad ni la igualdad son reales y efectivas; esto es, que jurídicamente se está imponiendo a los poderes públicos la obligación de adoptar decisiones políticas –incluidas la potencial utilización de la legislación penal– encaminadas a buscar esta vigencia².

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Derechos humanos y derecho penal», *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 11, 1986-1987, págs. 27-62, pág. 8.

² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./PÉREZ CEPEDA, A.I., «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las nuevas respuestas frente a las viejas cuestiones», *Revista Penal México*, Núm. 1, enero-junio de 2011, págs. 39-63, pág. 42.

Es cierto que, tal y como se manifiesta en la Exposición de Motivos del texto inicial del Código Penal de 1995³, que las leyes penales no son el instrumento más importante para el avance en el camino de la igualdad real y efectiva que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. No obstante, y en la línea que ya había adelantado en 1987 Ignacio Berdugo⁴, el legislador reconoce que el Código Penal «puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Ello no implica, en modo alguno, que el Código penal pueda considerarse un instrumento de interpretación de los preceptos constitucionales, pues cualquier intento de aportar soluciones en el caso de colisión de derechos fundamentales pasa por interpretar los preceptos constitucionales que los reconocen y, sólo entonces, «interpretar toda la legislación potencialmente afectada y en concreto la legislación penal preexistente, a la luz del contenido de este precepto y en general del marco constitucional»⁵.

Entre las medidas incorporadas por el Código Penal de 1995 para garantizar los derechos constitucionales, y más concretamente la «dignidad humana» como valor superior del ordenamiento jurídico, así como la igualdad real y efectiva –incompatible con cualquier tipo de conducta discriminatoria, es de destacar la introducción, en el artículo 22.4 de la circunstancia agravante genérica de odio o de discriminación», consistente en cometer el delito «por» determinados «motivos discriminatorios» hacia determinados colectivos.

La agravante se configura como semiabierta cuando se refiere a «la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación»; pero, a su vez, establece una enumeración *numerus clausus* de las causas en las que ha de centrarse la discriminación, dejando fuera otras modalidades de discriminación equiparables, pero no previstas en el precepto⁶, como ocurría con la aporofobia o la exclusión social hasta la reciente reforma de 2021⁷.

³ BOE núm. 281, de 24/11/1995.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, 1987.

⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 44, Fasc/Mes 2, 1991, págs. 339-362, pág. 341.

⁶ Véase al respecto la STS (Sala de lo penal) 1160/2006, de 9 de Noviembre de 2006. Fundamento de Derecho Núm. 23.

⁷ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Disposición Final Sexta uno. (BOE Núm. 134, de 5 de junio de 2021).

Esta circunstancia ha experimentado una serie de reformas dirigidas a incrementar los colectivos protegidos por la agravante o los motivos del odio o la discriminación. La última de las reformas, además de incluir razones de aporofobia o de exclusión social, extiende la agravación también a los supuestos en que las condiciones o circunstancias en las que se fundamentan la agravación no concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta. Así, sería de aplicación tal agravante en las lesiones cometidas sobre un tercero que acude a auxiliar a la víctima de un delito motivado, por ejemplo, por su condición de homosexual.

Son varias las cuestiones que plantea en su aplicación esta circunstancia agravante, desde la correcta distinción de motivos que, en apariencia, pueden ser muy similares, hasta la propia comunicación de la circunstancia entre lo distintos partícipes. Pero, quizá, una de las cuestiones más complejas es la de la prueba de la intencionalidad o del motivo exigido por el artículo 22.4 del Código Penal.

En primer lugar, es preciso distinguir si estamos ante un elemento subjetivo de la agravante –distinto al dolo propio del delito cometido–, o si como defiende parte de la doctrina y de la jurisprudencia se trata de un elemento objetivo que solo requiere la prueba objetiva de una situación de prejuicio o discriminación.

Ello va a repercutir directamente en la prueba, ya que en el primer caso se tratará de probar, aunque sea a través de elementos objetivos y contextuales, un elemento subjetivo tal y como es la intención de la víctima. En el segundo caso, sin embargo, será suficiente con la prueba de un elemento objetivo que cada vez tiene más partidarios de que coincida con los llamados elementos de polarización.

La cuestión es que, como nos advierten Berdugo y otros autores, el sistema social configurado en la Constitución tiene proyección sobre las dos perspectivas desde las que se puede considerar al Derecho penal: como garantía de los derechos frente a los comportamientos de los miembros de la comunidad que les lesionan o ponen en peligro; pero también, como un ejercicio de autolimitación del Estado en el que los derechos del hombre –en especial los del potencial delincuente– aparecen en su primera dimensión de garantía frente a la actuación del Estado⁸.

En la misma dirección, Lorenzo Copello⁹ no recuerda que, aunque el modelo antidiscriminatorio del Código Penal pueda ser digno de aprecio, solo puede admitirse la legitimidad de la intervención penal si su objetivo

⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 2004, págs. 5 y ss.

⁹ LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 19, 1996, págs. 219-288, pág. 231.

preventivo se encauza dentro de los límites del *ius puniendi*, sin que pueda legitimarse exclusivamente en la finalidad perseguida, por muy loable que sea ésta.

Esta dualidad en la política criminal de protección de los derechos humanos (los de la víctima y los del potencial delincuente) propiciada desde la propia Constitución, implica que el Derecho penal solo puede estar legitimado cuando aplica una serie de garantías mínimas tales como, por ejemplo, la presunción de inocencia (la carga de la prueba recae sobre el Ministerio fiscal o la acusación particular) o el Derecho penal de acto, que excluye cualquier condena basada en la ideología, expresiones o actos que supongan un ejercicio de la libertad de expresión del sujeto.

En efecto, existe una gran dificultad en la prueba de los elementos subjetivos distintos al dolo, para lo que habrá que acudir, generalmente a elementos externos. Pero eso no puede implicar que meros datos objetivos sean suficientes para «probar» el motivo por el que se comete el delito. De ahí, la necesidad de analizar el papel que desempeñan los denominados «factores de polarización», y si son compatibles con un derecho penal del acto y no responden a un derecho penal de autor.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA AGRAVANTE DE ODIOS O DISCRIMINACIÓN

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) define los «*bate crime*» como «toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su «raza», real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar»¹⁰.

Según las estadísticas del Ministerio del Interior sobre la evolución de los delitos de odio en España¹¹, desde el año 2014 hasta el año 2020

¹⁰ Decisión sobre Tolerancia y No Discriminación (Núm.º 4/03), adoptada por el Comité de Ministros de la OSCE el 9 de abril de 2003 en su sesión plenaria Núm. 388. (Diario FCS 394).

¹¹ <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>. Sólo se incluyen en las estadísticas las infracciones penales en las que la víctima o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación

tanto los hechos conocidos como las victimizaciones se han incrementado aproximadamente en 100 casos, siendo el año 2019 el de una mayor incidencia, llegándose a los 1600 hechos conocidos y un número aproximado de victimizaciones. Este incremento se debe principalmente al aumento, desde 2017, de los hechos relacionados con la discriminación por razón de género –incluida en la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015–, y sobre todo por motivos de racismo y xenofobia.

En cuanto a las detenciones, también tienen un punto álgido en 2017, año en el que se llega a las 1.100 detenciones, más del doble que las efectuadas en 2014. Estas detenciones se llevaron a cabo principalmente por motivos racistas y xenófobos, ideología y antisemitismo. A partir del año 2018, y a pesar del incremento de los hechos conocidos, comienza un descenso de las detenciones que llegan a situarse en el año 2020 en 616 detenciones o investigaciones.

Llama la atención el importante descenso de delitos conocidos en el año 2020, concretamente un 16,5% menos que en 2019. Aunque los delitos de racismo y xenofobia experimentan un ligero descenso, siguen representando el mayor porcentaje de delitos de odio, concretamente un 39% respecto del total. Hay un descenso importante de motivos anteriormente sobre representados como el antisemitismo o la ideología, y un incremento exponencial de los hechos motivados por razones de género, orientación sexual, enfermedad o discapacidad¹². Es posible que tanto el descenso global de estos delitos, como el incremento por razones de género y de enfermedad puedan deberse a la incidencia de la Covid 19 y los periodos de confinamiento en 2020; no obstante, una explicación rigurosa requiere un análisis que trasciende del objetivo de este trabajo.

La exposición descriptiva de los datos, no obstante, aporta una idea de la importancia que tienen estos delitos tanto desde un punto de vista cuantitativo –un 0,07% de los delitos conocidos han sido delitos de odio, y su disminución frente al año 2019 ha sido inferior en tres puntos a la de los delitos conocidos en general–, como cualitativo – en cuanto que directamente afecta a los colectivos más vulnerables e indefensos de la sociedad, y a valores sociales tan importante como la igualdad, la solidaridad, la dignidad, etc.

sexual u otro factor similar. Quedan excluidos por tanto del cómputo los denominados discursos de odio.

¹² Ministerio del Interior. Oficina Nacional de Lucha contra los delitos de odio. *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, 2020. <https://bit.ly/2V3aUM7>

IV. ODIO, DISCRIMINACIÓN O PREJUICIO

Tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen distinguir entre delitos de discurso de odio (*hate speech*) y delitos de odio (*hate crimes*). Los primeros son delitos autónomos tipificados en los artículos 510 y 510 bis del Código Penal. Se trata de tipos consistentes en discursos de odio, bastante controvertidos por su posible colisión con el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión.

En Derecho español, la denominación de delitos de odio (*hate crimes*), por su parte, se reserva para cualquier delito (excepto en los supuestos de inherencia) que se cometan con la agravante prevista en el artículo 22.4 del Código Penal, a la que comúnmente se denomina agravante de odio o discriminación.

Tal denominación ha llevado a que, aunque la agravante no hace referencia en modo alguno al odio como motivo del delito, una parte –cada vez más residual– de la doctrina y de la jurisprudencia hayan venido exigiendo indiscriminadamente un «*animus odii*» o móvil discriminatorio. No obstante, se trata de categorías distintas, con consecuencias también distintas.

El ánimo de odio exige la prueba de un elemento subjetivo consistente en el odio o animadversión del autor al colectivo al que pertenece la víctima, interpretándose el delito de odio como un crimen simbólico que, además de expresar una censura contra la víctima –perfectamente intercambiable–, envía un mensaje de odio o animadversión al colectivo del que forma parte¹³. La problemática de su sanción, como subraya Fuentes Osorio, reside en determinar los motivos del odio, justificar que no se está sancionando al sujeto por su forma de ser sino por el desvalor adicional de su conducta¹⁴.

¹³ En este sentido el Voto particular (citado): Y lo que en este caso representan las víctimas es a un colectivo, que es institución del Estado español, sobre el que giraba su espíritu por los condenados un sentimiento de odio como tal colectivo, siendo tal significación la ideología que se representaba por los agentes autores. Ese sentimiento de odio se consideraría probado por la condición de abertzales nacionalistas de los autores. Considera la agravante del art. 22.4 CP (subjetiva y ad intra, aunque proyectable hacia el sujeto a quien se discrimina con esa intención del «odio al diferente»).

¹⁴ FUENTES OSORIO, L., «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27 (2017), <http://criminet.ugr.es/recpc>, pág. 2. La posibilidad a la que alude el citado autor ya había sido advertida por LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código...», pág. 231; SALINERO ECHEVARRÍA, S., «La nueva agravante penal de discriminación. Los delitos de odio», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, 2013, 2do Semestre, págs. 263-308, pág. 288; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios

Desde la perspectiva del Estado, Jacobs y Potters consideran, además, que los delitos de odio son una expresión simbólica de la ley penal que, por razones políticas, busca enviar un mensaje de protección a determinados colectivos minoritarios o desfavorecidos¹⁵.

Desde esta perspectiva, el móvil o ánimo de odio constituiría un elemento subjetivo de la agravante –adicional, por supuesto, al dolo del delito cometido–. Pero fundamentar la agravante en una motivación como la del odio implica algunas contradicciones con los principios propios de un derecho penal garantista.

En primer lugar, el móvil de odio, no tiene porqué afectar a la mayor o menor gravedad del injusto, sino que situaría el fundamento de la agravante en el mayor reproche penal que merece el móvil abyecto del autor. Aunque son varios los autores que defienden que el fundamento de esta circunstancia se encuentra en la culpabilidad, debido al mayor reproche que merece el autor¹⁶, esta interpretación nos aleja de un derecho penal de acto para acercarnos a un derecho penal de autor en el que el mayor reproche del autor se fundamenta en su fuero interno, por lo que la pena añadida por la circunstancia agravante respondería en exclusiva al odio del sujeto, no a la gravedad del acto realizado ni al elemento subjetivo que le lleva a cometer el delito, ya que el odio, como afirman Hurd y Moore, es un estado mental emocional centrado en las pasiones e interno al individuo¹⁷.

En segundo lugar, al tratarse de un estado *ad intra* del individuo, es difícil probar que el delito en cuestión se cometió por motivos de odio a afectos de la aplicación de la agravante del art. 22.4 del Código Penal. En este sentido, se tienen en cuenta circunstancias propias del autor y de la víctima como ideología, forma de vestir o de saludar, lecturas o documentos encontrados, etc. Es decir, se lleva a cabo una actividad indagatoria sobre las actitudes, los pensamientos y las ideas de los acusados, penalizándose ideas o expresiones en contra del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión o los derechos de la personalidad.

una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 57, Fasc/Mes 1, 2004, págs. 143-176, pág. 144-145.

¹⁵ JACOBS, J. B/ POTTER, K. *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics. Studies in crime and public policy*, Oxford University Press, Incorporated, 1998, pág. 13.

¹⁶ ESCOBAR BELTRÁN, S.A., «Del odio al prejuicio: reflexiones sobre la subjetividad y su prueba en los instrumentos penales antidiscriminación», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 18, Núm. 2, julio-diciembre, 2016, págs. 173-200, pág. 180.

¹⁷ HURD, H./ MOORE, M. «Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak, and the Selfish: The Culpability of Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, Núm. 5 (2), 2004, págs. 147-198, pág. 1112.

Por último, el artículo 22.4 en ningún momento hace referencia al móvil del odio; es más, lo que protege esta circunstancia es el trato digno e igualitario de los sujetos que, por pertenecer a los colectivos más vulnerables, tienen mayor posibilidad de ser tratados de forma discriminatoria. Como subraya Lorenzo Capello, el trato discriminatorio conlleva implícitamente una negación de igualdad entre los seres humanos fundamentada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia¹⁸.

El considerar el móvil de odio como motivación del fundamento de la agravante, además de las cuestiones problemáticas ya planteadas nos llevaría a tener que distinguir dentro de la misma circunstancia agravante entre motivos de odio y motivos de discriminación debido a una desigual relación de poder. En este sentido es bastante ejemplificativa la postura de Pérez Manzano al excluir el feminicidio de los delitos odio por considerar que en este caso lo que existe es un comportamiento concreto asignado prejuiciosamente (machismo) y esperado de la mujer concreta¹⁹.

No obstante, siempre que hablamos de colectivos vulnerables, propensos a ser tratados de forma discriminatoria y/o peyorativa, forzosamente estamos haciendo referencia a un contexto social en el que existen prejuicios frente a esos colectivos «excluidos del modelo de normalidad». Se trate de xenofobia, racismo o violencia de género lo que existe detrás es una idea socialmente construida de prejuicio que posteriormente puede transformarse en una situación de odio o de discriminación, pero lo verdaderamente importante es el prejuicio social del grupo mayoritario frente a los sujetos pertenecientes a los colectivos minoritarios o vulnerables. Tal y como afirma Escobar Beltrán, la violencia basada en prejuicios no puede escindirse del contexto en el que se produce, y por tanto no es el resultado de un especial ánimo de odio, sino de una sociedad prejuiciosa con los sectores más débiles y/o excluidos de la mayoría socialmente dominante a los que trata forma peyorativa. El odio o la discriminación es la mera consecuencia del prejuicio como clima social.

La masculinidad, el patriotismo, la nacionalidad, la pureza de sangre, la riqueza, la posición social, la salud, etc. se convierten en logros situacionales que pueden afianzarse mediante la criminalidad: la elección de la

¹⁸ LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», *Jueces para la democracia*, Núm. 34, 1999, págs. 16-23, pág. 18.

¹⁹ PÉREZ MANZANO, M., «La caracterización del feminicidio de la pareja o ex-pareja y los delitos de odio discriminatorio», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 81, 2018 (Ejemplar dedicado a: Derecho Penal: Aspectos Actuales de la Dogmática y la Política Criminal), págs. 163-196, *passim*.

víctima del delito por su pertenencia a un colectivo sobre el que la sociedad tiene prejuicios afianza la posición social o ideológica del autor.

La circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código Penal parte de la idea de prejuicio, de una violencia basada en prejuicios que son el resultado de las relaciones de poder y dominación que se producen en un determinado grupo social. En este sentido puede decirse que el síntoma es el prejuicio social frente a determinados colectivos, y el resultado es el delito cometido contra la víctima por su pertenencia a dicho colectivo, y ello con independencia de que exista o no un ánimo de odio, animadversión o discriminación por parte del autor. Lo que subsiste en el fondo es una relación de poder y dominación.

Por supuesto, ello no quiere decir que a cualquier delito cometido contra un sujeto perteneciente a alguno de estos colectivos le sea de aplicación automática la circunstancia agravante²⁰; para ello es necesario que el autor actúe motivado o movido por un contexto de prejuicio social. No obstante, ello no excluye su conjunción con otras motivaciones tales como pueden ser el ánimo de lucro, el ejercicio de poder sobre la víctima, o el deseo sexual, por ejemplo.

El prejuicio, a diferencia del odio, no es una circunstancia *ad intra*, que pueda ser independiente del contexto del grupo social en el que se desenvuelve el autor. El prejuicio social o de un grupo social es el caldo de cultivo para la propagación de la discriminación. Pero, ¿es un elemento objetivo o subjetivo?²¹, ¿coincide con la motivación para cometer el delito?, y, sobre todo, ¿Cómo puede probarse?

Podría decirse que el prejuicio, en cuanto factor social que puede acabar incidiendo en determinados individuos tiene una naturaleza mixta –objetiva y subjetiva–. Depende del contexto social (objetivo) y puede incidir en la motivación discriminatoria del autor (subjetivo). Pero ello no quiere decir que el fundamento de la agravante haya de buscarse en una mayor culpabilidad derivada de un mayor reproche al autor, sino en un mayor desvalor del injusto; concretamente en un mayor desvalor de resultado, pues no solo se produce una discriminación de la víctima, sino también un ataque a los valores de solidaridad, dignidad e igualdad

²⁰ Véase al respecto la TSJ de Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 36/2020 de 31 julio. Se trata de un caso de homicidio de la expareja en el que el Tribunal, en contra de la opinión del jurado, considera inaplicable la circunstancia agravante del art. 22.4, pues considera que los hechos no describen una situación de dominio que pueda justificar su aplicación, una conducta objetivamente discriminatoria de la que el autor fuese plenamente consciente.

²¹ Sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la agravante véase ampliamente DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos...», págs. 148 y ss.

proclamados por la Constitución y propios de una sociedad democrática y de derecho, base de todo nuestro sistema penal.

V. LOS FACTORES DE POLARIZACIÓN. ¿UNA POSIBLE SOLUCIÓN AL PROBLEMA PROBATORIO?

Advierte Martínez Ros, que la principal dificultad en la investigación de los delitos de odio es la prueba del elemento discriminatorio que atenta contra la dignidad y la igualdad de las personas, por lo que es precisa una investigación detallada, que consiga hacer emerger la verdadera motivación del hecho. En este sentido, sugiere que «una vez detectado el elemento discriminatorio», se habrá de identificar y acreditar el delito de odio mediante los denominados indicadores o factores de polarización, que son básicamente las pruebas indiciarias racionales de criminalidad que deben recogerse en el atestado policial para conducir a un procedimiento judicial que acredite la motivación discriminatoria que califica y determina la comisión del delito de odio²².

A tal fin, el Ministerio del Interior, mediante una instrucción interna ha ordenado a la policía investigar como delito de odio cualquier delito en el que aparezca uno o varios de los quince factores de polarización recogidos en el protocolo policial de 2020 para mejorar la lucha contra los delitos de odio²³.

En el caso de la circunstancia genérica agravante del artículo 22.4, las fuerzas y cuerpos de seguridad deben insertar en el atestado los «indicadores de polarización» o indicadores de delitos de odio «que permitan acreditar la motivación discriminatoria de la conducta delictiva para demostrar la concurrencia de dicha agravante».

Tales indicadores vienen recogidos en el apartado tres del protocolo y van referidos tanto a factores subjetivos y objetivos de la víctima y del agresor, así como al lugar, fecha y hora en el que se han cometido los hechos, fecha, y la inexistencia de un móvil más allá del mero odio o discriminación.

Algunos de estos factores, especialmente los contextuales (lugar, fecha, día), así como los que se llevan a cabo durante la ejecución del hecho son,

²² MARTÍNEZ ROS, J., «Delitos de odio: indicadores de polarización a indicar en el atestado policial», *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, Núm. 61, 2020, págs. 127-141, *passim*.

²³ Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación. Ministerio del Interior, 2020.

en efecto indicios objetivos que, en su caso, podrían contribuir a probar la motivación discriminatoria a la que alude la circunstancia. En este sentido, pueden ser un indicio de importante valor probatorio las «expresiones o comentarios racistas, xenófobos u homófobos, o cualquier otro comentario vejatorio contra cualquier persona o colectivo, por su ideología, orientación religiosa, por ser persona con discapacidad, etc., que profiera el autor/es al cometer los hechos».

Sin embargo, hay otros factores del sospechoso que se utilizan como indicadores de polarización y que pueden plantear problemas al utilizarse como medio de prueba de la motivación. Se trata de los relativos a su relación con determinados grupos o asociaciones; su actitud y expresiones en las redes sociales o foros; tatuajes, vestuario o estética; la propaganda, banderas, etc. que se puedan encontrar en su domicilio; o los antecedentes policiales del sospechoso como el hecho de haber asistido a determinados conciertos, conferencias o reuniones.

Estos elementos hacen referencia a actitudes propias del autor de los hechos que entran de lleno en sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, reunión y manifestación, ideológica, de culto, etc., siempre y cuando no sean constitutivas de delito.

Acudir a estos factores como indicios racionales y objetivos para probar la motivación, concretamente el odio del sujeto activo respecto de la víctima, nos sitúa en una posición muy cercana a la del derecho penal de autor. Es cierto que en este caso el sujeto tiene que haber cometido un delito, pero también lo es que para la imposición de la agravante se están teniendo en cuenta elementos propios de la actitud interna. No se discute el delito cometido (homicidio, lesiones, trato degradantes, etc.), sino el hecho de que las características personales e ideológicas del autor sean un indicio racional de que se ha cometido un acto de discriminación merecedor de la agravación prevista en el artículo 22.4.

Es preciso, por tanto, probar que se ha producido un acto de discriminación a través de otros indicios contextuales distintos a la ideología o personalidad del autor. Entre estos indicios, a mi parecer el más importante y objetivo es la gratuidad del acto y la actitud y expresiones proferidas tanto en el momento del delito como en los momentos inmediatamente anteriores y posteriores.

6. CONCLUSIÓN

Los «*hate crime*» o delitos de odio son una de las máximas expresiones contra el principio de igualdad y otros valores superiores del

ordenamiento jurídico como la dignidad o el derecho a ser diferente. El Derecho penal tiene la obligación de proteger a las personas pertenecientes a los colectivos más vulnerables frente a comportamientos que lesionen estos valores, y a ello responde la circunstancia agravante genérica que se viene analizando.

Cometer un delito contra una persona o sus bienes por el hecho de su pertenencia a un colectivo vulnerable agrava el injusto del hecho, en cuanto, además de atacarse al bien jurídico protegido en cuestión, se vulnera la igualdad y dignidad de la víctima y los valores esenciales de una sociedad democrática. No obstante, ello no puede llevarnos a desconocer que esa misma sociedad democrática es la base de un sistema penal garantista en el que los individuos son castigados por el acto cometido y no por sus opiniones o ideología. Así, tal y como advierte Dopico Gómez-Aller, no cabe hablar de una legitimización material para la sanción (adicional) cuando un delito es motivado por ideología o sentimientos xenófobos, porque por mucha repugnancia que inspiren, «la Constitución protege también a quienes la niegan»²⁴.

Y en este caso, el acto que ha de probarse es la discriminación; el hecho de que el delito se ha cometido por la razón de que la víctima pertenece a alguno de los colectivos enumerados taxativamente en el Código Penal. Por supuesto, ello no implica que, junto a la discriminación no puedan existir otras razones para la comisión del delito (abuso sexual, robo, etc.), pero lo importante es que la víctima ha sido escogida por su pertenencia al colectivo penalmente protegido.

En este sentido, es interesante la crítica de Saucier Calderón a la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión de la intención específica en el caso de Croacia *vs.* Serbia, en la que de manera cuestionable se excluye la posibilidad de que exista la intención genocida de manera concurrente a elementos subjetivos nos genocidas. Tal y como resalta el citado autor, este planteamiento pasa por alto la distinción entre motivo e intención, y sobre todo la posibilidad de que existan motivos que puedan coexistir con la intención²⁵. En el caso que nos ocupa, el dolo del sujeto, e incluso el dolo específico en los supuestos en los que se exija, puede concurrir o no junto a la motivación discriminatoria, que será la que en todo caso habrá que probar para poder apreciar la agravante.

La dificultad probatoria de dicha motivación junto con la mayor anti-juricidad del hecho debido, entre otros factores, a la especial vulnerabilidad

²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos...», pág. 151.

²⁵ SAUCIER CALDERON, J-P., «La intención específica en el caso Croacia *vs.* Serbia: apuntes críticos sobre el fallo de la Corte Internacional de Justicia», *Agenda Internacional*, Año XXIII, Núm. 34, 2016, págs. 199-228, págs. 213 y ss.

del colectivo al que pertenece la víctima, ha llevado a que en EE.UU. las leyes penales de algunos Estados prescindan de la motivación del autor y solo aludan a la selección específica de la víctima por razón de su pertenencia o aparente pertenencia a determinados grupos²⁶.

Es cierto, como dice Dopico Gómez-Aller, que las sanciones no pueden fundamentarse en las motivaciones últimas del sujeto alegando que se las toma en cuenta en cuanto se materializan en una conducta delictiva o se manifiestan en el momento del hecho²⁷. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad exige que la motivación que guía al autor sea la de discriminar a la víctima, por alguna de las razones previstas en el artículo 22.4, por lo que prescindir absolutamente de la motivación sería una interpretación amplia contraria al principio de legalidad del Derecho penal.

Ahora bien, ello no significa, que al tratarse la motivación –como aquí se ha defendido– de un elemento mixto objetivo-subjetivo, sea el contexto en el que se lleva a cabo el hecho el que determine los indicios objetivos que permitan afirmar la existencia de la motivación de discriminación. Estos indicios objetivos serían el prejuicio, sentimiento de superioridad o la relación de dominación/poder del autor respecto del colectivo al que pertenece la víctima (éste último principalmente en la discriminación basada en motivos de género); la gratuidad del hecho o la elección de la víctima por su pertenencia a un determinado colectivo; y, por último, el contexto en el que se produce el hecho y las expresiones proferidas.

²⁶ ESCOBAR BELTRÁN, S.A., «Del odio al prejuicio...», pág. 180.

²⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos...», págs. 153.

Protección penal internacional del medio ambiente y justicia ecológica

Miriam Ruiz Arias
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Salamanca



I. INTRODUCCIÓN

«*MUCHAS SON LAS RAZONES de la falta de investigaciones sobre el tema, pero hoy, al menos para nosotros existe una obligación de formular propuestas que hagan posibles los derechos de los durante siglos ignorados, y a veces esclavizados, pueblos indígenas, garantizar que tengan voz, tierra y cultura. Enfrente estará siempre la versión mercantilista de la ciega explotación de la naturaleza y sus recursos, a cualquier precio, aunque impliquen efectos negativos que pongan en riesgo la propia existencia de vida en nuestro planeta»¹.*

Esta reflexión pertenece a uno de los recientes trabajos del maestro de la escuela penal de Salamanca Ignacio Berdugo, quien en estas últimas décadas no ha dejado de enseñar e investigar con muchos de sus discípulos, entre las que, con su permiso, me permito incluirme. Es por ello por lo que las próximas líneas se dedican a mostrar de manera general y breve, unas nociones sobre la protección penal del medio ambiente en el ámbito internacional, con especial referencia al ecocidio, y la justicia ecológica que lleva aparejada.

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / DUTRA DE PAIVA, G., La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medioambiente. Una reflexión desde el Derecho penal, *Revista Sistema Penal Crítico*, 1, 2020, p. 39.

En los últimos años, diferentes autores han elevado diversas propuestas para que el medio ambiente sea protegido internacionalmente, siendo la más relevante y la más actual, principalmente, en los medios de comunicación, la del ecocidio. Esta propuesta de quinto crimen internacional puede ser consecuencia, entre otras muchas causas, del colonialismo y del imperialismo. Al respecto, el colonialismo se configura de la siguiente manera: en primer lugar, la existencia de un pueblo externo que domina a otro pueblo; en segundo lugar, este pueblo externo, entre otras imposiciones sobre el colonizado, lo hace respecto a su cultura y sus costumbres; y en tercer y último lugar, se lleva a cabo la explotación del colonizado por medio de la esclavitud, la extracción de recursos naturales además de la apropiación indebida de la propiedad cultural². Junto a ello, se agrega que los pueblos indígenas, aquellos países que cuentan con ellos, tienen una relación especial con la tierra, entendiéndose como una cosmovisión diferente a la que se considera habitual y mayoritaria en occidente; la tierra y los recursos naturales forman parte de la misma, son fundamentales en su cultura³.

De igual forma, recientemente se han observado un número abundante de reivindicaciones por parte de diferentes movimientos sociales, así como, una mayor producción académica acerca de la investigación sobre los crímenes cometidos contra la naturaleza y la relación que estos crímenes guardan con los desposeídos y los colonizados⁴. Ha sido una constante el destacar que estas infracciones se cometen como consecuencia de las presiones sistemáticas y la elección realizadas por las élites⁵. En este

² CROOK, M. / SHORT, D. / SOUTH, N. Ecocide, genocide, capitalism and colonialism: Consequences for indigenous peoples and global ecosystems environments. *Theoretical Criminology* vol. 22 n.º 3 2018, p. 298 y LYNCH, M. J. / FEGADEL, A. / LONG, M. A. Green Criminology and State-Corporate Crime: The Ecocide-Genocide Nexus with Examples from Nigeria. *Journal of Genocide Research*. vol. 23 n.º 1, 2020, p. 4.

³ NATALI, L. / WHITE, R. The ecocide-genocide nexus: A green criminology perspective. *Rassegna Italiana di Criminologia*, n.º 3, 2019, p. 190.

⁴ Siguiendo a VARONA, las víctimas de los delitos ambientales –incluyendo no solamente a los seres humanos, sino que a otras especies– suelen considerarse invisibles, no siendo su afección reconocida, dado que las víctimas de ese daño ambiental no han nacido todavía. Igualmente no se reconoce el impacto del daño ambiental dado que los efectos del atentado medio ambiental no necesariamente deben producirse en un plazo breve de tiempo o incluso en algunos extremos se justifica el daño de acuerdo con el sistema económico vigente o se considera el daño de acuerdo a Derecho o justo vid. en VARONA, G. Restorative pathways after mass environmental victimization: Walking in the landscapes of past ecocides. Forthcoming 2019, Oñati Socio-Legal Series, pp. 2-3.

⁵ SOUTH, N. Ecocide, conflict and climate change: Challenges for criminology and the research agenda in the 21st century. *ECO-Crime and Justice. Essays on environmental crime*. KANGASPUNTA, K. and MARSHALL, I. H. (Eds.), 2009, p. 48; CROOK

sentido, se puede afirmar que la naturaleza termina por ser mercantilizada, considerando cómo se rige el sistema económico actual. Dicho de otra manera, contando con la elaboración de productos que contienen propiedades destructoras del medio ambiente y que vulneran los ciclos metabólicos naturales, así como la valorización de los bienes naturales como bienes económicos, que son intercambiables en el mercado y cuyo único fin es el de ser acumulados, la naturaleza termina por ser mercantilizada. Esto conduce a un menosprecio de la necesidad que se tiene de conservar adecuadamente esa misma naturaleza e igualmente el logro de la supervivencia humana y de otras especies.

En otras palabras, con una sobreproducción y con un sobreconsumo como los actuales, este sistema no es compatible con un planeta de recursos finitos, por tanto, el capitalismo es ecológicamente insostenible tal y como está entendido en la actualidad⁶. Sin ir más lejos, el que los países en vías de desarrollo se hayan convertido en los «vertederos» de los países desarrollados, con el objetivo de atraer capital extranjero, sufriendo en numerosas ocasiones una corrupción institucional grave además tomando en cuenta que la normativa ambiental es mucho más flexible y no siempre protege de forma adecuada la naturaleza y los recursos que la componen⁷.

No obstante, aunque los daños al medioambiente no se detienen ante las fronteras ni distinguen nacionalidades, así como, muchos de estos problemas tienen su origen en la actividad individual del ser humano –además de en las operaciones industriales y mercantiles–; el mayor problema, en

et al. Ecocide, genocide, capitalism and colonialism: Consequences for indigenous peoples and global ecosystems environments, Op. cit., p. 301; WHITE, R. / KRAMER, R. C. Critical Criminology and the Struggle Against Climate Change Ecocide. *Critical Criminology*, n.º 23, 2015, p. 385; WHITE, R. Criminological Perspectives on Climate Change, Violence and Ecocide. *Current Climate Change*, n.º 3, 2017, p. 249 y NATALI, L. y WHITE, R. The ecocide-genocide nexus: A green criminology perspective, Op. cit., p. 190.

⁶ GARCÍA RUIZ, A. Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, vol. 20 n.º 11, 2018, p. 4; NATALI, L. / WHITE, R. The ecocide-genocide nexus: A green criminology perspective, Op. cit., p. 189 y CROOK et al. Ecocide, genocide, Op. cit., pp. 303-307. Al respecto se señala que, pese a que el término no está aceptado en la doctrina, el ser humano está inmerso en la era del antropoceno, palabra popularizada por Paul Crutzen y cuyo uso tiene como fin demostrar el impacto que el ser humano genera sobre el planeta o sobre los ecosistemas, incluyendo a las especies no humanas vid. en SOLLUND, R. Wildlife Management, Species Injustice and Ecocide in the Anthropocene. *Critical Criminology*, n.º 28, 2020, p. 2.

⁷ NIETO MARTÍN, A. Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del Medioambiente. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 16, 2012, p. 139.

suma, es que en la sociedades occidentales el carácter cultural de este capitalismo extremo se estima como deseable e inevitable. A sensu contrario, en los países en desarrollo es complejo que se admitan medidas que dificulten o limiten el crecimiento económico, porque muchos de esos países apenas han experimentado dicho crecimiento⁸.

II. JUSTICIA ECOLÓGICA

Conviene recordar, en relación con los párrafos precedentes, la desigual distribución de cargas y beneficios ambientales que se produce desde hace décadas. Habitualmente esta desigual distribución se produce en un contexto de conflicto ambiental, y éste, según RODRÍGUEZ, va estrechamente unido «*al entorno natural, a los ecosistemas además de a los recursos naturales, suponiendo una manera de interactuar de los individuos, los grupos las organizaciones y las colectividades respecto al acceso y distribución de los recursos*»⁹.

Los conflictos medio ambientales se superponen a otros conflictos como los de distribución del trabajo, los de género, la discriminación racial o étnica, los conflictos agrarios, los de clase, entre otros¹⁰. Junto a estos, los conflictos que se plantearon en áreas urbanas son los que condujeron al nacimiento de los movimientos medio ambientales de los pobres, esto es, los conflictos ecológico-distributivos, que luchan contra el acceso injusto a los recursos naturales asimismo el reparto no equitativo de la carga de la contaminación¹¹.

Los conflictos ecológico-distributivos son analizados por los estudiosos de la política ecológica, pudiendo entenderse como una rama de conocimiento cuyo nacimiento se encuentra en el estudio de los casos locales

⁸ VARONA, G. Restorative pathways after mass environmental victimization: Walking in the landscapes of past ecocides, Op. cit., p. 4 y DELMAS MARTY, M. Introducción. Muñoz De Morales Romero (Ed.), M. *Hacia un Derecho Penal Internacional del medioambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes*. 2019, p. 10.

⁹ RODRÍGUEZ, G. A. *Los conflictos ambientales en Colombia y su incidencia en los territorios indígenas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2016, p. 41.

¹⁰ AKBULUT, B. / DEMARIA, F. / GERBER, J. F. / MARTÍNEZ-ALIER, J. Who promotes sustainability? Five theses on the relationships between the degrowth and the environmental justice movements. *Ecological Economics*, 165, 2019, p. 420.

¹¹ MARTÍNEZ-ALIER, J. The Environmentalism of the poor: a study of ecological conflicts and valuation. Edward Elgar Publishing, 2003, p. 69 y el mismo autor en *Ecological distribution conflicts and the vocabulary of environmental justice*. *Ecology, Economy and Society*, 2018, p. 188.

provenientes de la geografía rural y de la antropología, que se ha ampliado a nivel nacional e internacional. Esta rama de conocimiento tiene como noción principal que los seres humanos no vienen instruidos biológicamente sobre el uso de las energías y los materiales, por tanto, el modo de empleo del territorio y los elementos naturales está políticamente construida¹².

Estos movimientos medio ambientales se han extendido por diferentes países considerando los diferentes contextos históricos y culturales¹³. La génesis de este movimiento se encuentra en Estados Unidos, donde surgieron los movimientos descentralizados comunitarios tales como los movimientos antitóxicos formados por la clase obrera y la clase media además de los movimientos de justicia ambiental liderados por afrodescendientes, pero que también incluyen a latinos, asiáticos y pueblos nativos americanos¹⁴. MARTÍNEZ-ALIER y otros investigadores, durante los últimos años, han postulado como definición de los conflictos ecológicos distributivos lo siguiente: «aquellos conflictos ecológicos que derivan de la distribución desigual de los beneficios ambientales como el acceso a los recursos naturales, a tierra fértil o a los servicios ecosistémicos, así como, a la desigual y no sostenible localización de las cargas de las pruebas como la contaminación y los residuos»¹⁵ (traducción libre de la autora).

Igualmente, siguiendo a MARTÍNEZ-ALIER, con el paso de los años, por medio de la unión de la academia y el activismo llevado a cabo por personas y colectivos de diferentes países, a través de la creación y la extensión del uso de términos como soberanía alimentaria o imperialismo tóxico o buen vivir; algunos de los diferentes movimientos (pobres, pueblos indígenas, movimientos de justicia global) han comenzado a unirse y a tener luchas comunes en defensa de la comunidad, el territorio y contra la acumulación de capital¹⁶. En estos movimientos también es destacable la importancia cultural y espiritual que la naturaleza tiene para algunas de

¹² MARTÍNEZ-ALIER, J. *The Environmentalism of the poor: a study of ecological conflicts and valuation*, op. Cit., p. 70.

¹³ MARTÍNEZ-ALIER, J. *The Environmentalism of the poor: a study of ecological conflicts and valuation*, op. Cit., p. 57.

¹⁴ BRULLE, R.J. / PELLOW, D.N. *Environmental Justice: Human Health and Environmental Inequalities*. *Annual Review of Public Health*, vol. 27, n.º 1, 2006, p. 110 y MARTÍNEZ-ALIER, *Ecological distribution conflicts and the vocabulary of environmental justice*, op. Cit., p. 188.

¹⁵ AKBULUT, B. / DEMARIA, F. / GERBER, J. F. / MARTÍNEZ-ALIER, J. *Who promotes sustainability? Five theses on the relationships between the degrowth and the environmental justice movements*, op. Cit., p. 420.

¹⁶ MARTÍNEZ-ALIER, *Ecological distribution conflicts and the vocabulary of environmental justice*, p. 198 y el mismo autor en *Mapping ecological distribution conflicts: The EJAtlas*. *The Extractive Industries and Society*, p. 10.

esas personas, así como, se recoge la salud humana, el sustento y el bienestar. Esto es así porque, aunque en el norte exista un culto a la naturaleza, también existen movimientos contrarios a la energía nuclear, emisiones de CO₂ y dado que el ambientalismo de los pobres proviene de sus valores culturales además de sus valores materiales, valga por caso, el acceso a la tierra, agua limpia, etc.¹⁷.

Más todavía, desde hace años, MARTÍNEZ-ALIER propone en sus escritos que la conservación de los recursos naturales es una idea que se extiende a todo el planeta, es decir, el que la mayor parte de la carga ambiental recaiga en los países en desarrollo no impide que en el norte también se reivindique el cuidado de la naturaleza. La razón radica en que la naturaleza se encuentra amenazada de manera global por el crecimiento de la población y por el sobreconsumo¹⁸.

Resumiendo, los movimientos de justicia ambiental (compuestos principalmente por indígenas y pobres) tienen reivindicaciones conjuntas con la finalidad de obtener la protección de los derechos humanos además de las diversas especies de flora y fauna, en ambos casos seres humanos y otros seres vivos actuales y futuros. La capacidad que estos colectivos tengan de movilización dependerá de los recursos con los que cuenten, el tiempo, la financiación además de las creencias comunes, sin olvidar la represión que ejerce el Estado y la influencia del poder de las empresas. Los movimientos de justicia ambiental suelen conducir a la generación de organizaciones; sin embargo, su supervivencia no depende de éstas. No obstante, se dan luchas colectivas comunes, por ejemplo, los diferentes movimientos contrarios a la plantación de eucalipto en Portugal, España y en Brasil¹⁹.

Llegados a este punto, unos últimos apuntes sobre el estudio del daño ambiental. Lo habitual en su estudio es centrarse en la eficiencia del proceso en cada sistema o en los efectos disuasorios de la norma sobre los sujetos que contaminan. En cambio, siguiendo lo indicado por HALL, muchas veces no se ha considerado la visión de la víctima respecto al entendimiento de lo que significa la compensación y cómo se le debe facilitar la misma²⁰. Al respecto, la compensación es concebida como el dinero que el

¹⁷ MARTÍNEZ-ALIER, *Ecological distribution conflicts and the vocabulary of environmental justice*, op. Cit., p. 192.

¹⁸ MARTÍNEZ-ALIER, *Mapping ecological distribution conflicts: The EJAtlas. The Extractive Industries and Society*, op. Cit., p. 2.

¹⁹ MARTÍNEZ-ALIER, *Mapping ecological distribution conflicts: The EJAtlas. The Extractive Industries and Society*, op. Cit., p. 9.

²⁰ HALL, M. *Criminal redress in cases of environmental victimization: a defence. International Review of Victimology*, vol. 23, n.º 2, 2017, pp. 203-204.

Estado paga a las víctimas por los delitos o los daños medio ambientales con fondos públicos; mientras que la restitución es consecuencia de las acciones efectuadas por los individuos o las empresas, pudiendo ser de carácter administrativa o penal.

La víctima medio ambiental habitualmente se representa por la persona o el grupo de personas que ven afectada su salud, su capacidad económica o su vida social como consecuencia de una degradación ambiental, muchas veces este concepto es antropocéntrico y no engloba el daño a la naturaleza y a los animales no humanos.

Muchas de las víctimas ambientales lo son por las actuaciones llevadas a cabo por el interés de las sociedades corporativas o como respuesta a los objetivos económicos del Estado. Esto último es lo que la criminología crítica denomina «daños sociales», buscando problematizar las relaciones de poder en la sociedad. Las relaciones de poder, a su vez, ejercen influencia sobre las actividades socialmente dañosas que se categorizan como delitos. En lo que aquí interesa, HALL, al describir la compensación, recuerda que las normas de los diferentes países suelen compensar a aquellas personas que sufren daños ambientales provocados por el Estado y por las empresas, pero que no siempre se subsumen en un tipo penal ambiental, dicho de otro modo, las actividades pueden ser legales, pero atroces²¹.

En suma, me gustaría destacar que los intereses, asimismo, las culturas varían de una sociedad a otra, en consecuencia, al tratar la justicia ambiental, la reparación no siempre tiene que ser monetaria, pudiendo plantearse las compensaciones simbólicas además de la importancia del actor que las lleva a cabo porque se siente más oportuna la compensación del autor corporativo²².

III. ECOCIDIO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Conviene recordar que el gran causante de los atentados medio ambientales suele ser la persona jurídica. En este sentido, cierto sector doctrinal, desde los años 80, plantea el estudio criminológico de este fenómeno como delincuencia estatal-corporativa; de acuerdo con Kramer y Michalowski, el delito estatal-corporativo se define como *«acciones ilegales o socialmente dañosas que son resultado de la interacción del refuerzo mutuo de, por un lado, políticas y/o prácticas para lograr los objetivos de una o*

²¹ HALL, M. Criminal redress in cases of environmental victimization: a defence, op. Cit., p. 205.

²² HALL, M. Criminal redress in cases of environmental victimization: a defence, op. Cit., p. 211.

más instituciones políticas y de políticas y/o prácticas para lograr los objetivos de una o más instituciones de producción y distribución económica»²³.

Dicho esto, tomando en consideración a las víctimas desfavorecidas de los delitos medio ambientales, se van a señalar brevemente unas anotaciones sobre la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: por un lado, a nivel internacional, con la propuesta de un quinto crimen internacional además de la regulación de la responsabilidad de las empresas transnacionales; por otro lado, acerca de la normativa española que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Primeramente, atendiendo la victimización de las personas pobres respecto a los atentados medio ambientales entre países del norte y del sur, se señala que las grandes empresas son las que ocasionan daños ambientales graves²⁴, principalmente en los países del sur, siendo los habitantes de estos países, con ellos la naturaleza, así como, otras especies, frecuentemente las víctimas de estas relaciones de poder. Sin embargo, son los Estados quienes se obligan por los tratados internacionales en proteger la naturaleza, en consecuencia, las empresas, mantienen su poder y no siempre responden ante los tribunales nacionales al efectuar sus operaciones de forma transnacional y, ante los tribunales internacionales, no se les reconoce como sujetos responsables penalmente²⁵.

Esto ha suscitado que, desde la doctrina, se proponga un sistema penal común racional, legítimo y eficaz además de la protección internacional del medio ambiente, tomando en consideración principios como el de solidaridad o responsabilidad común, pero diferenciada. De manera que se propone una doble regulación internacional: por una parte, un convenio internacional que unifique los diversos tipos penales además de incluir políticas preventivas y la introducción de la justicia restaurativa como sistema complementario al de justicia penal; por otra parte, que el Estatuto

²³ BARRETT, K. L. Bethlehem Steel at Lackawanna: the State corporate crimes that continue to victimize the residents and environment of Western New York. *Journal of Crime and Justice*, 36(2), 2013, p. 264.

²⁴ En 2008, entre otros muchos autores, respecto del medio ambiente, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE planteaba la necesidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas vid. en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2008). La protección penal del medio ambiente. Algunas cuestiones generales. En F. Muñoz Conde (Dir.) *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo blanch, p. 1003.

²⁵ APARAC, J. ICL and Environmental Protection Symposium: International Criminal Law as a Tool for Corporate Responsibility for Environmental Crimes (Part I). *Opinio Juris*, 2020. Recuperado de: <http://opiniojuris.org/2020/06/04/icl-and-environmental-protection-symposium-international-criminal-law-as-a-tool-for-corporate-responsibility-for-environmental-crimes-part-i/>

de Roma incluya un quinto crimen internacional, como el ecocidio en los casos más graves, cuando se cometa de forma dolosa únicamente y cuando quede amenazada la seguridad del planeta²⁶.

En segundo lugar, en referencia a las víctimas ambientales urbanas, se recuerda que en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas se produce por la comisión de una serie de delitos recogidos de forma taxativa en la Parte Especial del Código Penal, así mismo, se genera por la actuación de los sujetos que pertenecen a la alta dirección de una empresa o bien por los sujetos subordinados, cuando se han incumplido de forma grave por los superiores los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Aún más, otra de las características destacables de esta regulación es que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad penal, cuando se adopta, antes de la comisión de un delito un programa de cumplimiento eficaz, sirviendo también esta causa como atenuante.

En lo que aquí interesa sobre la regulación española de la responsabilidad penal de las empresas, en relación con las víctimas ambientales, quisiera enfatizar dos notas.

En primer término, sería recomendable que los programas de cumplimiento penal incluyesen de forma delimitada todas aquellas actividades en las que se puede cometer un delito medio ambiental por los empleados y los directivos junto con la probabilidad de dicha comisión, pudiendo realizarse mediante un mapa y un análisis de los riesgos²⁷. Según lo acabado de señalar, al considerar la ubicación geográfica de la empresa cuando se procede a la evaluación del riesgo, podrían considerarse los rasgos de las personas que se pueden ver perjudicadas por la actividad empresarial, es decir, si estas personas carecen de recursos económicos, ofrecer una serie de alternativas, mediante el diálogo, para que puedan hacer frente a las actividades perjudiciales de la empresa, asimismo, sería aconsejable que la

²⁶ APARAC, J., ICL and Environmental Protection Symposium: International Criminal Law as a Tool for Corporate Responsibility for Environmental Crimes (Part I); NEYRET, L. El Derecho penal como mecanismo de protección del medio ambiente. Sobre el informe del 11 de febrero de 20151. Muñoz De Morales Romero, M. (Ed.). *Hacia un Derecho Penal Internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes*, 2019, p. 16; NIETO MARTÍN, A. El Derecho penal internacional del cambio climático. Muñoz De Morales Romero, M. (Ed.). *Hacia un Derecho Penal Internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes*, 2019, p. 21 y GUARDIOLA, M. J. ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?. *Estudios Penales y Criminológicos*, 30, 2020, p. 564.

²⁷ GORRIZ, E. M. Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo, *InDret*, 4, 2019, pp. 49-50.

empresa adoptase una actitud preventiva mediante el uso de tecnologías más limpias²⁸.

En segundo término, la complementariedad de la justicia restaurativa recordando lo manifestado por GUARDIOLA: este tipo de justicia restaurativa supone que, cuando se plantea un conflicto, el Estado no debería sustraer a los ciudadanos este conflicto ya que estos tienen la oportunidad de participar en la aclaración de la norma. Además, la víctima tampoco tendría que perder la propiedad del conflicto junto con el delincuente que no debería perder la posibilidad de explicarse a la víctima, participar en la discusión y de ser perdonado²⁹. En consecuencia, se supone compleja la aplicación en la delincuencia socioeconómica por los rasgos que esta reúne.

De esta forma, siguiendo a GUARDIOLA, la justicia restaurativa puede ser el complemento del sistema de justicia penal porque con ello se conservan los efectos simbólicos de la sentencia, haciendo desaparecer la sensación de impunidad, así como, acercando al delincuente de cuello blanco al daño producido y haciéndole ver la necesidad de reparación que existe por el desequilibrio que se produce entre el autor y las víctimas³⁰.

De igual modo, esta justicia restaurativa puede colaborar en el destino de la multa o el decomiso porque las comunidades afectadas pueden intervenir para decidir cuál es el destino del dinero.

GUARDIOLA sostiene que la complementariedad de la justicia restaurativa puede entenderse de dos maneras: en primer término, como un proceso restaurativo paralelo al sistema de justicia penal, que lo complementa si se reconocen los efectos en éste; en segundo término, como un «conjunto de principios y objetivos que pueden influir en el sistema penal en su totalidad» proporcionando una visión nueva de instituciones penales tradicionales, desde una visión restaurativa³¹.

En último término, dos señalamientos más: por un lado, desde un enfoque restaurativo, los programas de cumplimiento irían más allá de una gestión de riesgos, es decir, pasaría a concienciar a la empresa sobre el daño que ésta puede generar; por otro lado, respecto a las sanciones que se aplican a las empresas, aquellas se pueden establecer mediante un sistema

²⁸ GORRIZ, E. M. Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo, op. Cit., p. 51.

²⁹ GUARDIOLA, M. J. ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?, op. Cit., pp. 540-541.

³⁰ GUARDIOLA, M. J. ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?, op. Cit., p. 546.

³¹ GUARDIOLA, M. J. ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?, op. Cit., pp. 562-563.

de justicia restaurativa, piénsese, lo que ocurre en un país como Australia, donde se publicita la comisión del delito y sus consecuencias; o la ejecución de proyectos específicos de restauración o la realización de cursos de capacitación de los empleados³².

IV. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, pueden proponerse unas reflexiones en este tema:

Los diversos conflictos ecológico-distributivos, o la ecología de los pobres, han generado la creación de los movimientos de justicia ambiental, fenómeno que inició en Estados Unidos, pero que se ha extendido a diferentes países para hacer frente a los diferentes y preocupantes problemas ambientales. Su exigencia principal es la del control de los medios para subsistir frente a los poderes del Estado y de las empresas, logrando la protección de los derechos humanos y de las diversas especies tanto actuales como futuras.

El ecocidio es un crimen que puede ser consecuencia, entre otros factores, del colonialismo y del imperialismo; especialmente debe recordarse a los pueblos indígenas así como su relación cultural con el territorio, quienes pueden verse muy perjudicados. Al respecto, los daños al medio ambiente no respetan ni fronteras ni nacionalidades, así como, muchos de estos problemas tienen su origen en la actividad comercial o mercantil llevada a cabo por el ser humano.

En referencia al derecho penal internacional, se insiste en la propuesta doctrinal de crear un cuerpo legislativo internacional con un conjunto de delitos ambientales transnacionales y con la incorporación de un quinto crimen internacional de ecocidio para aquellos supuestos extremadamente graves.

Por último, se propone la justicia restaurativa como complementaria al sistema de justicia penal con los planes de cumplimiento normativo y con las sanciones aplicables a las personas jurídicas. Del mismo modo, se debe considerar a las víctimas en el análisis de los riesgos.

V. BIBLIOGRAFÍA

AKBULUT, B. / DEMARIA, F. / GERBER, J. F. / MARTÍNEZ-ALIER, J. Who promotes sustainability? Five theses on the relationships between the degrowth and

³² GUARDIOLA, M. J. ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?, op. Cit., pp. 569-570.

- the environmental justice movements. *Ecological Economics*, 165, 2019, pp. 418-427.
- APARAC, J. ICL and Environmental Protection Symposium: International Criminal Law as a Tool for Corporate Responsibility for Environmental Crimes (Part I). *Opinio Juris*, 2020. Recuperado de: <http://opiniojuris.org/2020/06/04/icl-and-environmental-protection-symposium-international-criminal-law-as-a-tool-for-corporate-responsibility-for-environmental-crimes-part-i/>
- BARRETT, K. L. Bethlehem Steel at Lackawanna: The Statecorporate crimes that continue to victimize the residents and environment of Western New York. *Journal of Crime and Justice*, 36(2), 2013, pp. 263-282.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2008). La protección penal del medio ambiente. Algunas cuestiones generales. En F. Muñoz Conde (Dir.) Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita (pp. 997-1008). Tirant lo Blanch.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y DUTRA DE PAIVA, G. La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medioambiente. Una reflexión desde el Derecho penal. *Revista Sistema Penal Crítico*, 1, 2020, pp. 9-42.
- BRULLE, R.J. / PELLOW, D.N. Environmental Justice: Human Health and Environmental Inequalities. *Annual Review of Public Health*, vol. 27, n.º 1, 2006, pp. 103-124.
- CROOK, M / SHORT, D. / SOUTH, N. Ecocide, genocide, capitalism and colonialism: Consequences for indigenous peoples and global ecosystems environments. *Theoretical Criminology*. Vol. 22 n.º 3, 2018, pp. 298-317.
- DELMAS MARTY, M. Introducción. En Muñoz De Morales Romero, M. (Ed.) Hacia un Derecho Penal Internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes. 2019.
- GARCÍA RUIZ, A. Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, vol. 20 n.º 11, 2018, pp. 1-44. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-11.pdf>
- GORRIZ, E. M. Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo, *InDret*, 4, 2019, pp. 1-63.
- GUARDIOLA, M. J. ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?. *Estudios Penales y Criminológicos*, 30, 2020, pp. 529-591.
- HALL, M. Criminal redress in cases of environmental victimization: a defence. *International Review of Victimology*, vol. 23, n.º 2, 2017, pp. 203-223.
- MARTÍNEZ-ALIER, J. *The Environmentalism of the poor: a study of ecological conflicts and valuation*. Edward Elgar Publishing, 2003.
- ECOLOGICAL DISTRIBUTION CONFLICTS AND THE VOCABULARY OF ENVIRONMENTAL JUSTICE. *Ecology, Economy and Society*, 2018, pp. 187-204. Springer, Singapore.
- MAPPING ECOLOGICAL DISTRIBUTION CONFLICTS: THE EJATLAS. *THE EXTRACTIVE INDUSTRIES AND SOCIETY*, 2021.

- NATALI, L. / WHITE, Rob. The ecocide-genocide nexus: A green criminology perspective. *Rassegna Italiana di Criminologia*, n.º 3, 2019, pp. 186-196. Doi: 10.7347/RIC-032019-p186.
- NEYRET, L. El Derecho penal como mecanismo de protección del medio ambiente. Sobre el informe del 11 de febrero de 20151. Muñoz De Morales Romero, M. (Ed.). *Hacia un Derecho Penal Internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes*, 2019.
- NIETO MARTÍN, A. Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. n.º 16, 2012, pp. 137-164.
- NIETO MARTÍN, A. El Derecho penal internacional del cambio climático. Muñoz De Morales Romero, M. (Ed.). *Hacia un Derecho Penal Internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes*, 2019.
- RODRÍGUEZ, G. A. *Los conflictos ambientales en Colombia y su incidencia en los territorios indígenas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2019.
- SOLLUND, R. Wildlife Management, Species Injustice and Ecocide in the Anthropocene. *Critical Criminology*, n.º 28, 2020, pp. 351-369.
- SOUTH, N. Ecocide, conflict and climate change: Challenges for criminology and the research agenda in the 21st century. *ECO-Crime and Justice. Essays on environmental crime*. Kangaspunta, K. / Marshall, I. H. (Eds.), 2009, pp. 37-54.
- VARONA, G. Restorative pathways after mass environmental victimization: Walking in the landscapes of past ecocides. Forthcoming, 2019, Oñati Socio-Legal Series. Link: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1044>.
- WHITE, R. / KRAMER, R. C. Critical Criminology and the Struggle Against Climate Change Ecocide. *Critical Criminology*, n.º 23, 2015, pp. 383-439.
- WHITE, Rob. Criminological Perspectives on Climate Change, Violence and Ecocide. *Current Climate Change*, n.º 3, 2017, pp. 243-251.

Salir a ganar: una reflexión acerca del delito de fraude deportivo a partir de la SAP Navarra 111/2020, sobre el «caso osasuna»

Javier Sánchez Bernal
Profesor Ayudante Doctor (Contratado Acreditado)
Universidad de Salamanca



I. INTRODUCCIÓN

ANTES DE COMENZAR MI EXPOSICIÓN, quisiera agradecer sinceramente a los editores de esta obra la invitación a participar en ella. No encuentro mejor forma de homenajear al profesor Berdugo que escribir sobre un tema que tanto le apasiona, alrededor de cuyas autorizadas publicaciones ha surgido una verdadera escuela de estudiosos de la corrupción y sobre el que me ha arrojado muchas luces, tanto en el debate que él mismo alentó en la defensa de mi tesis doctoral como en las frecuentes conversaciones que hemos mantenido desde entonces.

Gracias, Ignacio, por ser mucho más que un maestro; por hacerme comprender que mi trabajo podía aportar reflexiones interesantes al estudio de un fenómeno tan de actualidad como es la corrupción en el deporte.

Hablar de corrupción, en esta segunda década del siglo XXI, no resulta novedoso. Más allá de los tradicionales obstáculos a la hora de definirla¹,

¹ A título de ejemplo, DE LA MATA BARRANCO reconoce que «lo cierto es que no existe un concepto unívoco o unitario de corrupción, que depende de la intención de cada observador», en MATA BARRANCO, N.J. de la: «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 6, Deusto Publicaciones, 2009, p. 151.

resulta evidente que abarca un conjunto de conductas de difícil detección, combate y consecuente sanción². Ello se debe, entre otros condicionantes, a que nos enfrentamos a un fenómeno crecientemente complejo, con claras implicaciones de índole económica, social, política y cultural³. No debe desconocerse, además, que la corrupción se ha instalado como un asunto de gran trascendencia para la opinión pública que preocupa, por sus graves efectos negativos, a actores públicos y privados, nacionales e internacionales. En suma, los comportamientos ilícitos –y, en su mayoría, delictivos– que calificamos como de corrupción se configuran como poliédricos en sus manifestaciones y plurales en sus consecuencias⁴ –debido ello, principalmente, a la incidencia de ciertos factores como la internacionalización de la economía o la influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones humanas–.

Los comportamientos de corrupción se encuentran en un proceso de permanente evolución, por lo que, así mismo, es preciso también actualizar las herramientas preventivas y reactivas frente a los mismos. Así, junto a las clásicas modalidades de corrupción en el ámbito público –cuyos máximos exponentes fenomenológicos están constituidos por el soborno, el tráfico de influencias o la malversación– en las últimas décadas las instancias internacionales y los ordenamientos internos han fijado su atención en los ilícitos en el sector privado empresarial e, interconectados con ellos, en las manifestaciones de corrupción en la esfera deportiva. En el contexto

² Aunque profundizar en el concepto de corrupción excede del afán de este trabajo, permítaseme realizar un acercamiento y una reflexión en torno a la misma. La primera idea que debe resaltarse es que se trata de un grupo de comportamientos que integran un fenómeno complejo y que, a pesar de que la mayoría de ordenamientos han adoptado abiertamente una política criminal de tolerancia cero frente a la misma, no todas las manifestaciones de corrupción ni en todas las coordenadas espacio-temporales son consideradas delictivas. Así, utilizando una definición propia, con voluntad omnicomprensiva y abierta, puede entenderse como corrupción toda actuación u omisión abusiva o desviada llevada a cabo por una persona dotada de poderes o capacidad de decisión (decisor) en un ámbito del sector público o privado, que se desempeña, en el marco de un sistema u ordenamiento de referencia, de manera contraria a las normas, reglas o estándares que rigen su actividad, con la expectativa de obtener una ventaja ilícita de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero. Correlativamente, será corrupción también cualquier incentivo o práctica que otra persona lleve a cabo para conseguir este abuso o desviación de poder por parte del decisor.

³ COMISIÓN EUROPEA: *Fichas temáticas del semestre europeo. Lucha contra la corrupción*, 2017, p. 3. Fuente: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_fight-against-corruption_es.pdf. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 63, n.º 1, 2015, p. 234.

de la última de las mencionadas, tras una sucinta contextualización sobre la dimensión social y económica del deporte, se tratarán algunas cuestiones problemáticas a partir de la interpretación contenida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra sobre el llamado «caso Osasuna».

2. TRASCENDENCIA ECONÓMICA Y SOCIAL DEL DEPORTE, ¿NEGOCIO O BURBUJA?

El deporte, en sus múltiples disciplinas, se ha erigido, desde hace tiempo, en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria⁵. En este sentido, es indudable que la práctica deportiva aporta e irradia modelos de comportamiento y valores sociales universales –tales como la promoción de la salud, el espíritu de equipo, la solidaridad y la tolerancia y el juego limpio–, más allá de fronteras territoriales o socioeconómicas⁶. Junto a esta dimensión, es innegable la creciente repercusión económica del deporte –en especial, de algunas prácticas, singularmente del fútbol o el baloncesto profesionales– que lo han convertido en un verdadero espectáculo y, consecuentemente, en un negocio⁷ de cifras totales incalculables⁸.

Para entender mejor esta cuestión, permítaseme citar muy someramente algunos datos que pueden resultar esclarecedores: según refleja el informe «Termómetro del Ecosistema del Deporte en España», elaborado por la consultora PwC y la Fundación España Activa, elaborado a partir de datos de 2018 y publicado en 2020, el impacto de la industria deportiva

⁵ VICENTE MARTÍNEZ, R. de: *Derecho penal del deporte*, Bosch, 2010, p. 13.

⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de fraudes deportivos. Aspectos criminológicos, político criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*, Dykinson, 2011, p. 15.

⁷ Hoy en día resulta evidente que el deporte es considerado como un bien o servicio más en el mercado. En este sentido, por todos, IBARS VELASCO, D.: «Corrupción en el deporte», en QUINTERO OLIVARES, G. (*dir.*): Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 581. Además, se reconoce que esta vertiente del deporte-negocio ha llegado a desvirtuar, sobre todo en categorías de élite, algunos de los principios más significativos del deporte. En VICENTE MARTÍNEZ, R. de: *Derecho penal del deporte*, *op. cit.*, p. 16.

⁸ ÁLVAREZ VIZCAYA reconoce que «de un deporte prácticamente aficionado, desde la perspectiva de los escasos recursos económicos que se generaban, hemos pasado a un deporte espectáculo en el que lo prioritario es la organización de eventos capaces de reunir a miles de aficionados que pagan importantes sumas de dinero por acudir a los mismos (...) Espectáculos que llevan aparejados sustanciosos contratos por derechos de imagen, venta de productos asociados con el deporte, etc». En ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: «Fraude en el deporte», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 4, 2013, p. 218.

–sumando impactos directos, indirectos, tractores e inducidos– contribuyó a generar una actividad de más de 39 mil millones de euros –el equivalente al 3,3% del PIB nacional– y, en términos de empleo, se generaron en España casi 414.000 puestos de trabajo –lo que supone el 2,1% de la población ocupada del país–⁹. Si centramos la atención en el fútbol, las cifras resultan aún más esclarecedoras: según se estima, la práctica profesional supone el equivalente, en España, al 1,37% del PIB¹⁰; por otro lado, a modo de ejemplo, según información aparecida en enero de 2021, el último contrato de Lionel Messi con el F.C. Barcelona –entre 2017 y junio de 2021– ascendió a un monto total de más de 555 millones de euros¹¹. Para finalizar este breve repaso futbolístico, haré referencia a las audiencias de algunos encuentros a nivel internacional: según datos publicados por la FIFA, más de 3,500 millones de espectadores sintonizaron la emisión del Mundial de fútbol masculino de 2018, siendo la final seguida por aproximadamente 1.120 millones de personas¹²; por otro lado, a fecha de 2019, los clásicos entre Real Madrid y F.C. Barcelona reunían 650 millones de espectadores en más de 180 países¹³.

Muchas dudas surgen a partir de la rápida transición del deporte hacia un modelo de espectáculo-negocio: ¿ha llegado el fútbol de élite europeo a

⁹ PWC-FUNDACIÓN ESPAÑA ACTIVA: *Informe «Termómetro del ecosistema del deporte en España»*, 2020, p. 21. Fuente: <https://www.pwc.es/es/entrenamiento-medios/assets/informe-termometro-ecosistema-deporte-espana.pdf>. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

¹⁰ El estudio «Impacto económico, fiscal y social del fútbol profesional en España», elaborado por la consultora PwC y publicado en diciembre de 2018, estimaba ya que la industria del fútbol profesional genera un impacto en la actividad económica equivalente al 1,37% del PIB nacional, empleando a cerca de 185.000 personas y contribuyendo a la recaudación de alrededor de 4.100 millones de euros en España. En PwC: *Estudio «Impacto económico, fiscal y social del fútbol profesional en España». Resumen ejecutivo*, 2018, pp. 4-5. Fuente: <https://newsletter.laliga.es/upload/media/multimedia/0001/45/9478doec2c82057e0b41c762f06581ef2e434d04.pdf>. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

¹¹ SABALLS, M. y URREIZTIETA, E.: «El contrato faraónico de Leo Messi que arruina al Barcelona», en *elmundo.es*, 2021. Fuente: <https://www.elmundo.es/deportes/futbol/2021/01/31/60154779fddfff4a78b461e.html>. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

¹² FIFA: *Más de la mitad del planeta disfrutó de un Mundial incomparable en 2018*, 2018. Fuente: <https://www.fifa.com/es/tournaments/mens/worldcup/2018russia/media-releases/mas-de-la-mitad-del-planeta-disfruto-de-un-mundial-incomparable-en-2018>. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

¹³ LEONE, A.: «Barça-Madrid: un partido con una audiencia mundial de 650 millones de espectadores», en *elpais.com*, 2019. Fuente: https://elpais.com/deportes/2019/10/17/actualidad/1571326299_016298.html. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

convertirse en una burbuja? ¿Es posible que un mercado competitivo sustente una transacción –relativa al fichaje de Neymar por el PSG, procedente del F.C. Barcelona– de 222 millones de euros¹⁴ o que una entidad –el propio Barcelona– declare una deuda a largo plazo de 1.350 millones de euros y un patrimonio neto negativo de 451?¹⁵ ¿Quién controla y de dónde proceden el capital y recursos financieros de los que disponen las entidades deportivas? No es sencillo, es cierto, pero responder, entre otras, a estas preguntas, nos puede llevar a entender cuáles son los riesgos por los que atraviesa el deporte profesional o de élite en estos albores de siglo.

3. HACIA LA INTERVENCIÓN PENAL PARA SANCIONAR LAS CONDUCTAS ANTIDeportivas DE CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE

La primacía de los intereses económicos y comerciales y la consolidación de un mercado alrededor del deporte ha llegado a convertir este ámbito en un factor criminógeno¹⁶, motivo por el cual el legislador se ha esforzado, en los últimos tiempos, en regular jurídicamente todos los extremos de la actividad deportiva¹⁷, buscando así establecer reglas y límites dentro de un sector que se ha revelado propicio para el desarrollo de cierta clase de ilícitos, entre ellos, de corrupción¹⁸. Para entender adecuadamente la incidencia del Derecho penal en la sanción de conductas de corrupción en el deporte, es necesario realizar tres precisiones.

En primer término, debe tenerse en cuenta que, a pesar de la amplitud del término corrupción, en el ámbito del deporte solo adquirirán relevancia penal aquellas manifestaciones cuya finalidad consista en la adulteración de un resultado deportivo a cambio de un soborno. En segundo lugar,

¹⁴ GÓMEZ, E.: «¿Qué ocurre con los fichajes más caros de la Historia?», en *as.com*, 2020. Fuente: https://as.com/futbol/2020/11/04/internacional/1604488089_441061.html. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

¹⁵ GARCÍA ROPERO, J.: «El FC Barcelona declara una deuda de 1.350 millones y un patrimonio neto negativo de 451», en *cincodias.elpais.com*, 2021. Fuente: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/08/16/companias/1629114015_987586.html#:~:text=El%20FC%20Barcelona%20declara%20una,de%20451%20%7C%20Compa%C3%B1%C3%ADas%20%7C%20Cinco%20D%C3%ADas. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

¹⁶ RÍOS CORBACHO, J.M.: «El fraude en el fútbol», en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Cuestiones actuales del fútbol profesional*, Bosch, 2012, p. 155.

¹⁷ VICENTE MARTÍNEZ, R. de: *Derecho penal del deporte*, op. cit., p. 16.

¹⁸ Además de estos comportamientos antijurídicos, el deporte se ha visto sometido, desde un tiempo a esta parte, a otras conductas indeseables tales como la violencia, la presión comercial y la explotación de jóvenes deportistas, el dopaje, el racismo o el blanqueo de capitales.

es preciso tomar en cuenta que, a diferencia de otros ilícitos de corrupción en los que la labor normativa supranacional es abundante y se remonta a finales del siglo xx, en la esfera del deporte solo encontramos el Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas –promulgado en 2014 y en vigor desde el 1 de septiembre de 2019–¹⁹, instrumento con fuerza vinculante para un ámbito regional concreto. Para finalizar, debe resaltarse que la tradición a la hora de criminalizar ilícitos en el deporte es relativamente reciente²⁰, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho disciplinario deportivo, en el cual la sanción de conductas antideportivas se encuentra ciertamente más consolidada, especialmente en casos de dopaje y corrupción²¹.

Sentadas estas bases, se comprenderá mejor el *iter* normativo del delito de corrupción deportiva en nuestro ordenamiento jurídico-penal; aspecto que se tratará a continuación.

¹⁹ Ello supone, por exponerlo sucintamente, que, mientras la incorporación de algunas figuras de corrupción en los Códigos penales y las sucesivas reformas de otras se ha debido a la acción armonizadora o a la transposición de normativa internacional –ejemplo paradigmático de ello fue la introducción del delito de corrupción entre particulares en el Código penal español en 2010–, la previsión del delito de corrupción deportiva, en la mayoría de ordenamientos europeos donde se tipifica en la actualidad como es el caso de España, se ha debido exclusivamente a la propia iniciativa legislativa nacional.

²⁰ Coincidiendo con la opinión de Marín Yeste, debe recordarse que el primer fenómeno antideportivo en ser abordado fue el de la violencia, a raíz del «Compromiso contra la Violencia en el Deporte», promocionado desde el Ministerio del Interior y suscrito por el CSD y varias organizaciones del mundo del fútbol (RFEF, LFP, AFE). Posteriormente, en 2006, se trata la cuestión del dopaje (a través de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje), incorporando las conductas al código penal en el art. 361 bis. Para finalizar, como se verá a continuación, con la reforma del Código penal obrada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal. *Vid.* MARÍN YESTE, C.: «El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015», en *iusport.com*, 2015. Fuente: <http://www.iusport.es/opinion/Carlos-Marin-Yeste-Fraude-deportivo-2015.pdf>. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

²¹ Menciónese, a título de ejemplo, el artículo 76 de la Ley 10/1990, del Deporte, que considera como infracción muy grave a las reglas del juego o competición o a las normas deportivas generales, en su letra c) «las actuaciones dirigidas a predeterminar, mediante precio, intimidación o simples acuerdos, el resultado de una prueba o competición» y en su inciso d) –hoy derogado–, en relación al dopaje por sustancias o grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios, «la promoción, incitación, consumo o utilización de prácticas prohibidas (...), así como la negativa a someterse a los controles exigidos por órganos y personas competentes, así como cualquier acción u omisión que impida o perturbe la correcta realización de dichos controles».

3.1. *El delito de corrupción en el deporte en el Derecho penal español*

El tipo penal de fraude deportivo cuenta con poco más de una década de vida. Fue introducido en el Código penal a través de la reforma obrada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010. Resulta necesario tener presente que los azares que ha padecido la redacción del delito en estos años se explican, en su mayoría, por su dependencia respecto de la corrupción entre particulares.

Así, el delito de corrupción privada empresarial fue incorporado al ordenamiento por la necesidad de transponer al Derecho interno las disposiciones contenidas en la Decisión Marco 2003/568/JAI, como así se reconoce expresamente en el Considerando XIX de la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 5/2010. La tipificación de la modalidad en el deporte, sin embargo, no recibió una motivación suficiente en el texto orgánico, si bien es ampliamente reconocido que se debió a la exclusiva voluntad del legislador de la reforma penal de 2010²², a partir de la demanda de intervención punitiva realizada por la Liga de Fútbol Profesional, a la que posteriormente se sumaron otros organismos, a través de un texto enviado al Consejo Superior de Deportes en el que se detallaba la propuesta de una ley especial para sancionar penalmente las conductas de fraude en el deporte²³.

Con lo anterior, el tipo de corrupción en el deporte quedó encuadrado en el apartado 4.º del artículo 286 bis, junto a la corrupción privada empresarial, ubicado inicialmente en una nueva Sección 4.ª –De la corrupción entre particulares– dentro del Capítulo XI –De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores– del Título XIII –Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico– del Libro II del Código penal. Se configuró como un subtipo –una especie dentro del género– de corrupción privada y se definió, así mismo, como un tipo remisivo –porque define algunos de sus elementos por reenvío a la corrupción privada– y como norma penal en blanco –algunos otros de sus elementos se determinan atendiendo a las previsiones recogidas en normativa extrapenal–.

Sucintamente, la redacción original castigaba al particular que soborna, así como al directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva o al deportista, árbitro o juez que actúa con la finalidad

²² CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 52-53.

²³ BARRENA CRESPO, L.: «El delito de corrupción deportiva, en *iusport.com*, 2014. Fuente: https://iusport.com/art/1447/el_delito_de_corrupcion_deportiva. Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2021.

de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesional.

A pesar de su escasa repercusión doctrinal y jurisprudencial, el delito sufre una gran reforma con la modificación del Código penal obrada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En primer término, se altera su ubicación sistemática dentro del Código, reconfigurándose la citada Sección 4.^a, la cual pasa a denominarse «Delitos de corrupción en los negocios» y a incluir, junto a las modalidades de corrupción privada empresarial y deportiva, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, aglutinando así los tipos penales «de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas»²⁴. En segundo lugar, se redefine, ampliándose, el ámbito de aplicación del delito, al situarlo en una prueba, encuentro o competición deportiva «de especial relevancia económica o deportiva»; elementos que aparecen definidos en un nuevo segundo párrafo añadido al apartado 4.º del artículo 286 bis. Por último, se añade una modalidad de delitos de corrupción en los negocios agravada en el artículo 286 quater del Código penal, también aplicable a la figura típica en el deporte.

De esta forma, la figura pasó a castigar al particular que soborna, así como al directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva o al deportista, árbitro o juez que actúa con la finalidad de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

Finalmente, se menciona, por su influencia, la reforma que sufre la modalidad de corrupción pasiva entre particulares a través de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica el Código penal. En concreto, se produce una extensión de los verbos rectores previstos en el apartado 1.º, que sanciona ahora al decisor que reciba, solicite o acepte un soborno, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo. Esta ampliación será de aplicación a la corrupción deportiva, por cuanto, como se ha aludido anteriormente, esta modalidad se ve afectada por la cláusula de remisión a la corrupción entre particulares de los apartados 1 y 2 del artículo 286 bis del Código penal.

²⁴ Considerando XVIII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

4. LABOR INTERPRETATIVA DE LA JURISPRUDENCIA: DISCUSIÓN EN TORNO A ALGUNOS ELEMENTOS DEL DELITO

En un momento anterior, se ha expuesto que, hasta la redacción de 2015, la figura de corrupción deportiva no había sido objeto de aplicación relevante por parte de los juzgados y tribunales españoles. En la actualidad, este panorama no ha cambiado en exceso, si bien encontramos algunos casos en fase de investigación y algunas resoluciones judiciales que han apreciado –en sentido exculpatorio y condenatorio– esta modalidad. Sin ánimo de exhaustividad, se pueden mencionar algunos ejemplos que ya han recibido sentencia: a) caso «Lavín», b) caso «UD Benigánim», c) caso «Levante-Zaragoza» y d) caso «Osasuna»²⁵.

Como se expuso con anterioridad, por su utilidad y mayor profusión en el análisis se tomará como referencia, exclusivamente, la resolución del último caso citado, esto es, la sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra 111/2020, de 23 de abril.

4.1. *Breve exposición de los hechos*

Se consideran hechos probados los siguientes: 1) en la temporada 2012-2013, tres directivos y el gerente del C.A. Osasuna extrajeron o consintieron que se extrajera dinero en efectivo, por un monto total de 900.000 euros, de las cuentas y caja del club, destinándolo a fines ajenos a los estatutariamente previstos; 2) en la temporada 2013-2014, los investigados dispusieron indebidamente de aproximadamente 1.440.000 euros del club, destinados a actividades y fines distintos a los estatutariamente previstos; 3) los cuatro investigados decidieron llegar a algún tipo de acuerdo con el Real Betis (club descendido ya en la jornada 36 de la temporada 2013-2014) para que ganase al Real Valladolid en la jornada 37 y se dejase ganar por el C.A. Osasuna en la jornada 38; estos resultados, si bien no garantizarían la permanencia de Osasuna en Primera División, sí aumentarían considerablemente sus posibilidades. Para ello, los investigados sobornaron a dos jugadores del Real Betis con 650.000 euros para lograr los resultados pretendidos.

²⁵ Respectivamente, Sentencia del Juzgado de lo Penal de Girona 283/2018, sección 1.ª, de 16 de octubre (conformidad), Sentencia del Juzgado de lo Penal de Valencia 386/2019, sección 6.ª, de 7 de octubre (conformidad), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 549/2020, sección 4.ª, de 29 de diciembre y Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 111/2020, sección 2.ª, de 23 de abril.

De lo anterior, se desprendió una doble acusación: en primer término, por la fraudulenta gestión económica del club, fueron encausados por presuntos delitos de apropiación indebida o administración desleal, falsedad documental y falsedad contable; en segundo término, por el ofrecimiento de sobornos a los jugadores del Real Betis, por presunto delito de corrupción deportiva.

4.2. *Análisis dogmático del tipo de corrupción deportiva*

La Audiencia Provincial de Navarra dedica los Fundamentos Jurídicos vigesimosegundo a vigesimoquinto a abordar algunas cuestiones referentes a la lesividad y a la estructura típica del delito de corrupción deportiva. Con el máximo respeto a la labor del órgano judicial, dedicaré este epígrafe a reflexionar en torno a varios aspectos en los que, a mi entender, debe preferirse una interpretación distinta de la que se desprende de la resolución analizada.

a) Fundamentación y *ratio legis* de la norma

Debe mencionarse que el argumento, contenido en el Fundamento Jurídico vigesimosegundo, acerca del porqué de la incorporación del tipo penal a nuestro Derecho resulta ciertamente confuso. Dice el texto de la resolución que «este delito [de corrupción en el deporte] se incluye dentro de los delitos de corrupción en los negocios, consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Decisión Marco 2003/568/JAI (...)». Sin embargo, considero que deben precisarse dos elementos: el primero, apuntado anteriormente en esta investigación, que la incorporación del precepto no se justificó en la transposición de la norma comunitaria, sino que, más bien, se debió a una decisión del propio legislador de la reforma penal de 2010; el segundo, que la ubicación sistemática de los tipos de corrupción privada y deportiva no es fruto de la transposición de la citada Decisión Marco, sino una opción político-criminal adoptada por el legislador de la reforma penal de 2015. Razón distinta es que, en uno y otro caso, la modalidad en el deporte haya seguido la misma suerte que el precepto empresarial, por las razones de dependencia ya comentadas.

b) Debate sobre el bien jurídico protegido

La sentencia, tras reconocer acertadamente, los debates en torno a la lesividad intrínseca de la figura, «vista su ubicación normativa y los intereses

que pretende proteger», considera tutelada «la limpieza en las competiciones con el fin de proteger su resultado, salvaguardar la integridad deportiva confluendo así los valores sociales y económicos inherentes al deporte profesional», concluyendo que «es similar al delito de competencia desleal» [entendiéndose que lo equipara al bien jurídico del delito de corrupción empresarial entre particulares]. Sin embargo, siguiendo la opinión de autorizada doctrina, el bien jurídico «integridad deportiva» carece de legitimidad, a pesar de resultar una cómoda traslación del bien jurídico «competencia leal»²⁶. En efecto, el bien jurídico «integridad deportiva», como aparece definido en la sentencia y en los autores de los que bebe, resulta excesivamente amplio y de límites difusos, lo cual no casa adecuadamente con el principio de legalidad y de taxatividad que deben regir las normas penales en un saludable sistema democrático. Frente a esta corriente, debe preferirse aquella que circunscribe la lesividad específica de este delito a los intereses económicos derivados del acontecimiento deportivo, habida cuenta de que el tipo se configura como un delito socioeconómico²⁷ que sanciona el pago de sobornos en los negocios. Esta postura se ve reforzada con la propia dicción literal del precepto tras la reforma de 2015, pues el ámbito de aplicación típica –especial relevancia económica y deportiva–, tal como aparece definida en el segundo párrafo del artículo 286 bis apartado 4.º del Código penal, parece orientar la protección en esa línea²⁸.

c) Controversia en torno a las denominadas «primas a terceros»

Expone el Fundamento Jurídico vigesimocuarto algunas ideas en torno a las conocidas como «primas»; esto es, incentivos o alicientes,

²⁶ GILI PASCUAL, A.: «La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 8, 2012, pp. 40-41. Coincidente, VICENTE MARTÍNEZ, R. de: *Derecho penal del deporte*, op. cit., p. 557.

²⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MARIA CERINA, G.D.: «Algunos problemas del nuevo delito de corrupción en el deporte», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18, 2012, p. 10.

²⁸ Como ya expuse en un trabajo anterior y ahora refiero brevemente, son dos las preguntas que deben responderse al hilo de la lesividad de la corrupción deportiva. En primer lugar, qué se protege –el conjunto de expectativas e intereses económicos de todos los intervinientes en el evento deportivo–, y, en segundo término, cómo se protege –a través de la preservación del correcto desarrollo del encuentro, prueba o competición deportiva, reflejado en la objetividad de su resultado–. Vid., SÁNCHEZ BERNAL, J.: *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 77-79.

generalmente económicos, ofrecidos o entregados a deportistas a cambio de conseguir un determinado resultado en un evento deportivo. Coincido con la Audiencia en considerar que no reviste ningún problema entender que las primas ofrecidas por los clubes o entidades deportivas a sus propios empleados –jugadores, deportistas, entrenadores, etc.– por alcanzar ciertos objetivos son jurídicamente lícitas. Suscribo también la opinión de que las conocidas como «primas a terceros» –aquellas que un representante o persona vinculada o con intereses en un club o entidad deportiva entrega a un deportista, jugador o empleado de otra entidad o a la organización misma– plantean serias dificultades en cuanto a su legalidad. Dentro de estas últimas, existe común acuerdo –al que se suma la resolución judicial comentada– en afirmar que los emolumentos entregados por empatar o perder una prueba o encuentro merecen reproche penal, de acuerdo a la configuración típica del delito de corrupción en el deporte, por cuanto constituyen una alteración deshonesta de la prueba, encuentro o competición deportiva y, por ello, cumplen con el elemento típico de la predeterminación o alteración «fraudulenta» del resultado, previsto en el artículo 286 bis. 4.º del Código penal.

Surgen dudas relevantes en relación a las primas a terceros que se entregan por ganar sobre las que pesan problemas de antijuridicidad material que merecen una reflexión profunda. La decisión de la Audiencia Provincial de Navarra responde categóricamente estimando tales primas penalmente ilícitas, pues, desde su perspectiva, «los incentivos económicos por parte de un tercer club a otro para fomentar un resultado positivo no pueden considerarse inocuos para la competición». Entiende el órgano colegiado, además, que «con el ofrecimiento de cantidades o beneficios a un club por ganar un encuentro, no solo se está buscando por el club oferente una ventaja, sino que se producen una serie de efectos concatenados como es, entre otros, el perjuicio de otros equipos que dependen de esos resultados de terceros además de los perjuicios económicos derivados de las apuestas o quinielas».

Alude la sentencia, para reforzar su tesis, al laudo del Tribunal de Arbitraje Deportivo de 2 de septiembre de 2014, que sostiene que el concepto de manipulación de una competición deportiva que debe manejarse tiene como consecuencia que «no solo se tengan en cuenta actividades intencionadas o fraudulentas que determinen el resultado... sino también las actividades que conlleven una influencia ilegal (como las primas por ganas por parte de un tercero)»²⁹. Por último, el tribunal recuerda que «las disposiciones de la Ley 10/1995 de 15 de octubre del Deporte (...) [con-

²⁹ Laudo CAS 2014/A/3628. Caso Eskişehirspor Kulübü vs. UEFA.

cluyen que la] obligación del deportista no se refiere simplemente a «salir a ganar» sino a asegurar que el resultado deportivo se produzca conforme a las normas previas mutuamente conocidas y aceptadas, sin condicionantes externos no incluidos en las reglas que rigen la correspondiente disciplina deportiva». En resumen, concluye que «no puede defenderse que no se altere esa confianza e integridad exigida cuando un equipo desciende de categoría porque en las últimas jornadas de liga, terceros incentiven a su rival por ganar. No es así; lo cierto es que la integridad exigible queda quebrantada por más que se pueda considerar esta práctica socialmente conocida e incluso tolerada».

En mi opinión, la resolución hace un uso ligeramente babélico de razonamientos de distinta naturaleza para llegar a la conclusión pretendida³⁰. Debemos partir por tener presente que, si bien coincido en que desde la óptica de la disciplina deportiva –de naturaleza jurídico-administrativa– las primas por ganar deben considerarse ilícitas y, por ello, estar prohibidas –previéndose las sanciones que correspondan por la vulneración de las normas o reglas del juego–, ello no es motivo suficiente para predicar automáticamente su ilicitud penal, en tanto que es indubitado que el injusto administrativo es y debe ser distinto al penal. Solo así se explica que ambas instancias puedan sancionar una misma conducta antideportiva sin incurrir en la prohibición del *bis in idem*. Igual respuesta debe darse ante las afirmaciones acerca de que las primas por ganar no son inocuas a la competición y causan perjuicios a terceros: por sí mismas, no son motivaciones suficientes para sustentar su naturaleza delictiva.

Por tanto, la única solución posible es explorar el estatus jurídico de las primas por ganar en base al bien jurídico protegido y a la literalidad del artículo 286 bis. 4.º del Código penal.

Siendo así, la calificación como delito de los incentivos a terceros por ganar encuentra su principal argumento a favor en la definición del bien jurídico, tal y como se ha desarrollado en este trabajo: deben entenderse antijurídicas, en primer término, si lo que protege la norma son las expectativas e intereses económicos de todos los intervinientes en la actividad deportiva –entre ellos, clubes, deportistas o entidades competidores y apostantes–, por cuanto resulta evidente que estos se ven perjudicados si un tercero soborna a un rival para que consiga un determinado resultado, sea este cual sea y si, en segundo lugar, se afirma que la fórmula para proteger este bien jurídico es tutelar que el resultado del evento deportivo

³⁰ Aunque la conclusión a la que llego en este estudio no es tan terminante como entonces, mi opinión sobre las primas puede leerse en SÁNCHEZ BERNAL, J.: *El delito de corrupción deportiva...*, *op. cit.*, pp. 127-137.

se desarrolle de forma correcta en estricto cumplimiento de las reglas del juego –habiéndose colegido que, efectivamente, las primas por ganar infringen las normas deportivas–.

No obstante, esta tesis debe superar un importante escollo en relación a la dicción literal del delito: es necesario interpretar que los incentivos por ganar constituyen una adulteración «fraudulenta» de un resultado deportivo y ello solo es posible si se asume que el fraude, o engaño, consiste en que uno de los actores deportivos no está siguiendo las reglas del juego y, por ello, está consiguiendo una ventaja ilícita en la prueba, encuentro o competición deportiva. De lo contrario, sancionar penalmente las primas a terceros por ganar podría estar afectando varios principios básicos limitadores del *ius puniendi* estatal, tales como el de legalidad o intervención mínima del Derecho penal. Así y con todo, debe reconocerse para finalizar que la respuesta a este aspecto no es sencilla ni pacífica y que precisa de una reflexión profunda en clave dogmática y político-criminal.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Basta con seguir con atención los medios de comunicación para afirmar que la corrupción es uno de los fenómenos delictivos más graves y de mayor complejidad de entre los que enfrentamos en la actualidad. A los efectos perniciosos, cada vez más intensos, que esta despliega en las dimensiones social, política, económica o cultural, se suma la consolidación de nuevas conductas en el ámbito privado, las cuales han focalizado la acción normativa de diversas instituciones nacionales e internacionales.

El deporte ha experimentado, en las últimas décadas, un auge económico y social sin precedentes –transitando aceleradamente a un modelo de espectáculo-negocio y convirtiéndose en un reflejo de las transformaciones sociales y culturales de una comunidad–, hasta el punto de que su circunscripción a mera actividad privada está plenamente superada. Ello ha vuelto necesaria una mayor intervención del ordenamiento jurídico para regular las relaciones que surgen en el marco del hecho deportivo y para sancionar las eventuales conductas antideportivas que se produzcan en su seno. Es por esto que, desde finales del siglo xx, el Derecho penal ha aumentado su incidencia en el deporte para hacer frente a ilícitos como la violencia, el dopaje o la corrupción.

En España, el delito de corrupción en el deporte es relativamente reciente, habiéndose incorporado a nuestro Derecho en 2010 y sufrido una importante reforma en 2015, a la que se añade una última modificación en el tipo matriz de corrupción entre particulares en 2019. En la actualidad,

se encuentra ubicado, como un delito de corrupción en los negocios, entre los ilícitos socioeconómicos contra el mercado y los consumidores. A pesar del vaivén legislativo que ha sufrido el delito desde su entrada en vigor y de que diversos casos en investigación han llamado la atención de los medios de comunicación y del público en general, lo cierto es que la figura no ha sido objeto de aplicación frecuente por parte de los juzgados y tribunales españoles. Por ello, es preciso conocer a fondo la política criminal tras la incriminación del fraude deportivo y elaborar una interpretación coherente con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal en un sistema democrático.

La calificación jurídica de las primas a terceros constituye uno de los problemas de mayor trascendencia en la aplicación del tipo penal de fraude deportivo. Si bien debe afirmarse que los incentivos otorgados por empatar o perder han de considerarse delictivos de acuerdo a la literalidad del artículo 286 bis. 4.º del Código penal, mayores obstáculos suscitan las cantidades ofrecidas por ganar. En este sentido, si se pretende seguir la línea jurisprudencial marcada por la Audiencia Provincial de Navarra en el «caso Osasuna», que opta por su ilicitud, es preciso realizar una exégesis restrictiva, acorde con la lesividad específica y con la estructura y definición típicas. Este es el único camino posible para observar, en la comprensión del precepto, todos los límites al *ius puniendi* propios de un Estado social y democrático de Derecho.

6. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

- ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: «Fraude en el deporte», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 4, 2013.
- BARRENA CRESPO, L.: «El delito de corrupción deportiva», en *iusport.com*, 2014. Fuente: https://iusport.com/art/1447/el_delito_de_corrupcion_deportiva.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El delito de fraudes deportivos. Aspectos criminológicos, político criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*, Dykinson, 2011.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 63, n.º 1, 2015.
- CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, 2012.
- IBARS VELASCO, D.: «Corrupción en el deporte», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

- MARÍN YESTE, C.: «El delito de fraude deportivo tras la reforma penal de 2015», en *iusport.com*, 2015. Fuente: <http://www.iusport.es/opinion/Carlos-Marin-Yeste-Fraude-deportivo-2015.pdf>.
- MATA BARRANCO, N.J. DE LA: «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 6, Deusto Publicaciones, 2009.
- RÍOS CORBACHO, J.M.: «El fraude en el fútbol», en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Cuestiones actuales del fútbol profesional*, Bosch, 2012.
- SÁNCHEZ BERNAL, J.: *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, Tirant lo Blanch, 2018.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. DE: *Derecho penal del deporte*, Bosch, 2010.

Fuentes periodísticas

- GARCÍA ROPERO, J.: «El FC Barcelona declara una deuda de 1.350 millones y un patrimonio neto negativo de 451», en *cincodias.elpais.com*, 2021. Fuente: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/08/16/companias/162914015_987586.html#:~:text=El%20FC%20Barcelona%20declara%20una,de%20451%20%7C%20Compa%C3%B1%C3%ADas%20%7C%20Cinco%20D%C3%ADas.
- GÓMEZ, E.: «¿Qué ocurre con los fichajes más caros de la Historia?», en *as.com*, 2020. Fuente: https://as.com/futbol/2020/11/04/internacional/1604488089_441061.html.
- LEONE, A.: «Barça-Madrid: un partido con una audiencia mundial de 650 millones de espectadores», en *elpais.com*, 2019. Fuente: https://elpais.com/deportes/2019/10/17/actualidad/1571326299_016298.html.
- SABALLS, M. Y URREIZTIETA, E.: «El contrato faraónico de Leo Messi que arruina al Barcelona», en *elmundo.es*, 2021. Fuente: <https://www.elmundo.es/deportes/futbol/2021/01/31/60154779fdddfff4a78b461e.html>.

Actos y resoluciones

- AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA: Sentencia 111/2020, sección 2.ª, de 23 de abril.
- TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO (TAS): Laudo CAS 2014/A/3628. Caso Eskişehirspor Kulübü vs. UEFA, de 2 de septiembre de 2014.

Documentos e informes

- COMISIÓN EUROPEA: *Fichas temáticas del semestre europeo. Lucha contra la corrupción*, 2017. Fuente: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_fight-against-corruption_es.pdf.
- FIFA: *Más de la mitad del planeta disfrutó de un Mundial incomparable en 2018*, 2018. Fuente: <https://www.fifa.com/es/tournaments/mens/worldcup/2018russia/media-releases/mas-de-la-mitad-del-planeta-disfruto-de-un-mundial-incomparable-en-2018>.
- PWC: *Estudio «Impacto económico, fiscal y social del fútbol profesional en España». Resumen ejecutivo*, 2018. Fuente: <https://newsletter.laliga.es/upload/media/multimedia/0001/45/9478doec2c82057eob41c762f06581ef2e434do4.pdf>.
- PWC-FUNDACIÓN ESPAÑA ACTIVA: *Informe «Termómetro del ecosistema del deporte en España»*, 2020. Fuente: <https://www.pwc.es/es/entretanimiento-medios/assets/informe-termometro-ecosistema-deporte-espana.pdf>.

CAPÍTULO III.
DERECHO PROCESAL PENAL
Y OTROS ASPECTOS JURÍDICOS

Del defensor de oficio al defensor interamericano (Defensa penal en Costa Rica y en Latinoamérica)

Walter Antillón



I. INTRODUCCIÓN

EN HOMENAJE A MI QUERIDO ANTIGUO AMIGO Ignacio Berdugo Gómez de la Torre he querido compartir mis pensamientos acerca de una reivindicación aún no satisfecha del todo en la realidad institucional costarricense: el Ministerio Público de la Defensa como un órgano independiente y equiparado al Ministerio Público de la Acusación, conocido como Fiscalía General de la República; ambos orgánicamente separados e independientes del Sistema de la Justicia, conocido como el Poder Judicial. Y quiero resaltar el hecho de que, a pesar de las prolongadas reticencias oficiales en la instauración de una defensa legal efectiva de los acusados en juicio, y de la precariedad económica e institucional que han precedido su nacimiento y desarrollo, una buena parte del grupo de los Defensores Públicos del País han servido sus cargos con honor y mística, y han puesto las bases de lo que podemos llamar una deontología y una cultura propias del Defensor Público.

En otros países de Latinoamérica la institución del Defensor Público ha tenido un importante desarrollo a nivel interno e internacional, y ha demostrado su fuerza y su fecundidad, dándonos, a los rezagados, una lección de claridad y responsabilidad que ojalá sepamos aprovechar.

2. ATENAS Y ROMA: SISTEMA POLÍTICO Y PROCESO PENAL

Atenas y Roma Republicana son los dos ejemplos de la democracia clásica de la Antigüedad. En ambos casos pudo desarrollarse un proceso penal acusatorio, coincidiendo cronológicamente con el auge de la democracia.

El modelo ateniense es sobradamente conocido como para tener que describirlo en detalle: las partes en el proceso comparecían ante un Tribunal compuesto de ciudadanos y se defendían por sí mismas, en un rito sencillo y directo. Al final el Tribunal dictaba su fallo irrevocable por mayoría (por todos: Ugo Enrico Paoli: *El proceso ateniense*; en “Novissimo Digesto Italiano; Utet, Turín, 1968, Tomo XIII).

El modelo romano de proceso acusatorio surgió relativamente tarde dentro del desarrollo histórico institucional de la República, con el nombre de Proceso de las *Questiones*, junto a otras formas sumarias más antiguas, poco o menos garantistas, destinadas a los delitos ordinarios de variable gravedad, desde el perduellio y el ámbito hasta la adulteración de pesas y medidas, etc. (Cfr. en general, Teodoro Mommsen: *Derecho Penal Romano*; Temis, Bogotá, 1999).

Ahora bien, en Roma la defensa técnica bajo dicho modelo procesal es una institución que alcanza gran desarrollo en general, y es particularmente estructurado en los delitos de cuello blanco. Tenemos abundantes ejemplos en los procesos que nos deja descritos el orador, filósofo y abogado Marco Tulio Cicerón en sus famosas defensas (Por todos, vid. Helcio Maciel FRANÇA MADEIRA: *História da Advocacia. Origens da profissão de advogado no direito romano*. Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo-Brasil, 2002).

3. SISTEMA POLÍTICO, BRECHA SOCIAL Y PROCESO PENAL: ROMA. LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO

Ahora bien, una tendencia notable que conviene resaltar es la del condicionamiento del proceso penal al sistema político imperante en la formación socio-económica de que se trate. De modo que podemos establecer una relación entre los procesos garantistas y el sistema democrático, por un lado, y por el otro, entre los procesos inquisitoriales y los sistemas autoritarios, lo cual podemos observar tanto en el derrotero institucional que presenta Atenas y el resto de las ciudades griegas con democracia después sometidas al yugo Macedonio, Romano, Bizantino, etc. Así como el propio ejemplo de la República Romana y su derivación autoritaria a partir del Principado de Augusto (Cfr. C. Cornelio Tacito: *Diario sobre los oradores*; en «Agricola, Germania y Oradores»; Gredos, Madrid, pág. 106 y ss.).

También es particularmente sensible el proceso penal frente a los fenómenos de estratificación social, es decir, de la brecha socio-económica que experimenta la comunidad en su desarrollo histórico. Porque, en efecto, la presencia de garantías procesales para el acusado varía notablemente si se

trata de la delincuencia en los estratos bajos, o bien, estamos en presencia de los delitos cometidos por procónsules o gobernadores de rango senatorial (Vid. Cicerón: *Verrinas*; Unam, México, 1987).

En todo caso, el proceso penal romano va a sufrir importantes mutaciones en la medida en que del régimen del Principado vamos derivando hacia el Dominado. Podemos observar entonces que la extraordinaria *cognitio* se va convirtiendo paulatinamente en un proceso que mereció el apelativo de «inquisitorial», en el que el ciudadano romano no goza ya de las garantías consagradas desde las primeras épocas de la República, tales como la *provocatio ad populum*, que era una expresión inequívoca de conciencia democrática. Pero el ejercicio remunerado de la abogacía, floreciente hasta entonces, fue sometido a regulación en tiempos de Diocleciano (Confr. Luis RODRÍGUEZ ENNES: *La remuneración de la oratoria forense: del rechazo inicial a su aceptación social y normativa*; en Studi Impallomeni, Universidad de Trieste; Giuffrè, Milano, 1999).

4. ABORDAJE RELIGIOSO DEL PROCESO PENAL EN LA EDAD MEDIA. JUSTOS Y PECADORES

El cristianismo que se generaliza en el Imperio a partir del siglo IV d. C., con su concepción teocéntrica va a transmutar severamente los términos del proceso penal, acoplándose primero al «juicio de Dios» del modelo procesal germánico, propio de una cultura bárbara, para adaptarse siglos más tarde al modelo del proceso común, heredero medieval de la extraordinaria *cognitio*.

En efecto, aunque el Proceso Común medieval instaurado a partir de los Siglos XIII y XIV la regulaba minuciosamente, ello no impedía que fuera, al fin y al cabo, inoperante en el contexto ideológico e institucional de los procesos inquisitoriales, antes y después de la Clementina Saepe. Y esto no mejoró con las Siete Partidas de don Alfonso de Castilla, con la Constitutio Criminalis Carolina del Emperador Carlos V, con la Ordenanza Criminal de Luis XIV y ni siquiera con la Novísima Recopilación española de 1805.

En los diversos modelos del proceso medieval, más que del delito, se trata del pecado; más que de la rehabilitación de la persona «ser humano», se trataba de la salvación de su alma. La misión pues, del juez inquisidor es obtener la confesión y el arrepentimiento del delincuente/pecador. El cuerpo no cuenta, de modo que puede ser destrozado por la tortura procesal o por la pena final infligida en la sentencia: la hoguera, la decapitación, el descuartizamiento, etc.

¿Qué papel juega la defensa técnica del imputado en el proceso inquisitorial?

Podemos decir que en general, la defensa técnica, si la comparamos con la que existía en Roma, se revela como mera apariencia durante el largo periodo de la Edad Media y durante el sucesivo régimen de las monarquías absolutas (Renacimiento, Edad Moderna) y esta situación se prolonga de hecho prácticamente hasta el siglo XIX.

En el mejor de los casos su papel es muy reducido, en vista de las enormes atribuciones que tiene en el proceso el juez inquisidor (Confr. Giulio ILLUMINATI: *Accusatorio ed inquisitorio* (sistema), voz de la Enciclopedia Giuridica Treccani; vol. I, Roma, 1990, pag. 1 y sigtes.).

5. LA DEFENSA TÉCNICA A PARTIR DE LA ILUSTRACIÓN

Ahora bien, en lo que hace a Latinoamérica, no creamos que estas aberraciones, denunciadas y aparentemente derrotadas por obra de Voltaire, Filangieri, Beccaria y Mario Pagano en el Siglo XVIII y principios del XIX, en el ámbito del Derecho Continental Europeo, sirvieron para institucionalizar la garantía de la defensa técnica para todos en el proceso penal. Si bien es cierto que un supuesto derecho de los imputados a la «defensa de oficio» se proclamó por doquier a partir de la Codificación Napoleónica, en la mayoría de nuestros países no aseguró ni de lejos una verdadera y efectiva defensa en juicio, sino que de nuevo se quedó en puras apariencias. Detrás de las proclamas garantistas de la Revolución Francesa que nuestro Sub-Continente hizo suyas, sobreviviría por mucho tiempo el legado medieval de la presunción de culpabilidad del imputado, y su corolario lógico: la banalidad de su defensa.

6. LA DEFENSA TÉCNICA EN COSTA RICA: DEL MERO DISCURSO A LA INSTITUCIÓN EFECTIVA

A) *En los tiempos del Código General de Carrillo*

Primero tenemos el Reglamento Orgánico del Poder Judicial de julio de 1842, el cual en su Título IX «De los procuradores de los procesados», artículos del 35 al 38, refiere:

«Art. 35. *Para la defensa de los procesados cuyas causas se hallen en el Tribunal Superior, habrá el número de defensores que el Gobierno estime*

necesario. Ellos representarán á los procesados ausentes, y á los que por infelicidad no puedan defenderse por sí mismos, ó no tengan defensor constituido en el lugar donde residen el Tribunal; pero cuando algun deudo o amigo pretendiere defenderlo, lo manifestará al mismo Tribunal y entonces debe nombrársele, á no ser que el procesado lo resista.

Art. 36. Deben los defensores arreglarse á lo dispuesto en el Código, para hacer sus pedimentos y alegatos, sin cabilosidad, ni otro fin, que la protección de la inocencia, el castigo del culpado, y el respeto á las leyes.

Art. 37. Por las defensas que hagan, no llevarán derechos, mas no se les prohíbe recibir alguna gratificación voluntaria, que el procesado o sus deudos le hagan.

Art. 38. Diariamente se presentarán en el Tribunal, á saber el estado de las causas que defienden, á recibir las que de nuevo se les pasaren, y á evacuar todas las diligencias de su oficio.

(Colección de Leyes y Decretos, 1842, semestres: I, tomo 7, p. 297)

Por su parte, en la Ley Orgánica de Tribunales del 29 de marzo de 1887, se contemplo la figura del Defensor de Oficio, ya que en el Título VI «De las Personas que auxilian la acción del Poder Judicial» se indicaba:

«Art. 107. Los Tribunales y Juzgados nombrarán defensor de oficio á los menores, viudas, personas desvalidas ó reos que no tuvieren quien los represente y defienda en los negocios judiciales en que fueren interesados.

Art. 108. El cargo de Defensor de oficio es obligatorio y gratuito y sólo podrá excusarse de él el que tenga una causa justa calificada por el Tribunal o Juzgado. Para los pasantes en leyes será causas bastante de excusa el tener ya á su cargo dos defensas de oficio».

(Ley Orgánica de Tribunales No. 11 del 29 de marzo de 1887)

B) *En los tiempos de los Códigos de Astúa*

Para complementar el Código de Procedimientos Penales redactado por don José Astúa Aguilar y don Luis Anderson Morúa, se promulga la Ley de Defensores Públicos, Ley N.º 13 del 2 de junio de 1928, la cual implementó por primera vez la normativa correspondiente a los Defensores Públicos, su nombramiento por parte de la Corte Suprema de Justicia, estando sujetos a régimen disciplinario por parte de esta y siendo su salario pagado por el Poder Judicial.

Dicha ley indicaba en su artículo 1.º:

«Los Tribunales, Juzgados y Alcaldías, proveerán de Defensor Público a las siguientes personas, cuando éstas se encontraren desprovistas de un Defensor Particular:

- 1.º *Los menores de edad;*
- 2.º *Los reos ausentes;*
- 3.º *Los reos mayores de edad, quienes por su estado de pobreza o de desvalimiento no puedan proveerse de defensor».*

Artículo 12:

«Los Defensores Públicos harán, a favor de sus defendidos, todas las gestiones posibles, poniendo de su parte diligencia y honradez en el desempeño de su cargo; velarán por el pronto despacho de sus solicitudes, ejercerán todos los recursos ordinarios y extraordinarios que a su juicio tiendan a favorecer al reo, y deberán presentar queja contra los Jueces y Alcaldes, cuando estimen que hay de su parte retardación de justicia, o que tales funcionarios han cometido irregularidades en perjuicio de sus defendidos».

Artículo 16:

«El Juez Instructor... al recibir la declaración indagatoria al reo, le prevendrá que nombre defensor dentro de tercero día, e igual prevención le harán, cuando la persona nombrada no acepte el cargo o cuando quien lo hubiera aceptado lo renuncia o se imposibilita por cualquier motivo para servirlo. Si el reo no nombrare defensor dentro del término indicado, o si manifiesta que desea que se le defienda de oficio y se hallare en alguno de los casos contemplados en el artículo 1.º se dictara providencia encomendando la defensa a un Defensor Público, poniendo en conocimiento de éste todo lo actuado».

Naturalmente que dicha normativa estaba destinada al fracaso porque la Corte se limitó a nombrar únicamente diez defensores para todo el País, los cuales cubrirían sólo las principales zonas, continuando en las otras con el régimen de «defensores de oficio».

Pero es que, además, alegando razones presupuestarias, se promulgó la Ley 193 de 25 de agosto de 1934, que suspendió «temporalmente» la vigencia de la citada Ley de Defensores Número 13 de 1928, la que en realidad nunca recobró la vigencia, sino que terminó siendo derogada.

c) *Del Reglamento interno de 1970 a la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial*

En Costa Rica, los que todavía alcanzamos a ejercer la judicatura y la abogacía durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1910 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1937, pudimos constatar la burla sangrienta que significó la nugatoria práctica de la llamada «procuración o defensa gratuita, o de oficio» que, cambiando a veces de nombre, se mantuvo por más de cien años fiel al modelo del Reglamento Orgánico de 1842, de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1937, aunque contemporáneamente con dichas leyes y reglamentos, sucesivas Constituciones Políticas y Tratados Internacionales «consagraban» el derecho de todo imputado de contar con una defensa efectiva y oportuna en el proceso penal. A nadie debe quedarle ninguna duda: durante todo ese tiempo, en un País que se jacta de ser muy civilizado, los imputados pobres, que eran abrumadora mayoría, fueron juzgados y casi seguramente condenados en estado de indefensión.

Lo peor es que, frente a semejante barbaridad, llama la atención la insignificancia de los esfuerzos oficiales que se hizo para ponerle remedio. Por ejemplo: con base en la Ley de Defensores Públicos número 13 de 2 de junio de 1928 se dispuso que un cuerpo de diez defensores remunerados por el Estado atendiera la defensa penal de pobres en todo el País: intento irrisorio que, además, quedó sin respaldo presupuestario pocos años después, en razón de la Crisis Económica Mundial de 1929/32. Luego su vigencia fue suspendida a partir de otra Ley de 1934; y en ese estado de coma permaneció, virgen y mártir, 32 años más, hasta su derogación en 1966. Y mientras tanto la masacre de la indefensión iba sumando años; mientras que, como decía el tango, «el carnaval del mundo gozaba y se reía».

Era evidente que la defensa en juicio, que todos exhaltaban y defendían en abstracto, se convertía en «materia odiosa» cuando se trataba de defender a los imputados en el proceso penal. Los imputados penales, que pertenecían casi invariablemente a las clases pobres, eran por definición culpables; y el oficio de defender culpables se convierte, en el ideario de la gente decente, en un oficio culpable. Y ¿qué hizo la Corte con ese oficio culpable? Olvidarlo, posponerlo, minimizarlo.

Fue necesario un informe de los Magistrados don Ulises Odio y don Fernando Coto Albán elaborado en 1967, acerca de la perentoria necesidad de la Defensa Pública en Costa Rica, para que la Corte Plena se decidiera, un poco a rastras, a promulgar el llamado Reglamento de Defensores en mayo de 1970.

Fue esa modestísima manera que inició su vida institucional la Defensa Pública, hermana «cenicienta» de la Fiscalía por muchos años (en cierto modo lo es aún), **pero destinada a cumplir el más humanitario de los roles que se desarrollan en el proceso penal: la tutela de los más preciados derechos de la persona del imputado frente a la pretensión punitiva del Estado.**

Naturalmente, como no podía ser de otra manera, la regulación de la benemérita institución de la defensa pública se mantuvo a nivel de reglamento durante más de veinte años, hasta que la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial número 7333 de 5 de mayo de 1993 se dignó dedicarle 8 (¡ ocho !) de sus 264 artículos. Comparemos: ocho artículos dentro de una ley orgánica para los jueces, frente a los cincuenta y seis artículos de que consiste la normativa dedicada a los fiscales: la Ley Orgánica del Ministerio Público. Se revela una vez más el disfavor y la mezquindad con que se mira a la Defensa desde las esferas del Poder: y la crónica sucesiva registra los momentos en que se le escatiman los salarios, los recursos técnicos, su jerarquía interorgánica, su reconocimiento. ¿Cuál es la causa de un trato semejante?

El Defensor Público debe defender los derechos de personas de carne y hueso, y para hacerlo adecuadamente no debería subordinarse ni directa ni indirectamente a los criterios de una jerarquía judicial que, por definición, es completamente ajena a la relación «defensor-defendido»; ni mucho menos a los de ningún otro poder, porque debe impedirse a toda costa el riesgo de incurrir en la no-defensa, o en la defensa aparente, o pseudo-defensa del imputado cuyos derechos le corresponde tutelar.

En suma, si la piedra de toque de la verdadera independencia de los tres fundamentales operadores judiciales es su posición frente a los poderes políticos y los poderes fácticos, en primer lugar no bastará que se postule en la Constitución la independencia «del Poder Judicial» como un todo, ni sólo la de los jueces, del rango que sean; en segundo lugar tampoco bastará proclamar la independencia de los jefes: deberá garantizarse también, institucionalmente, la independencia orgánica y funcional de los fiscales y los defensores públicos singulares, porque el trípode de la Justicia se sostiene cada día, en cada caso concreto, en cada una de sus tres patas: ninguna puede fallar.

Y aquí milita una razón práctica que la experiencia ha confirmado: si sólo se postula la independencia del jefe (el Fiscal General, el Defensor General), los atentados, las presiones y las seducciones que los poderes institucionales y los poderes fácticos están en capacidad de concentrar sobre su persona pudieran llegar a ser (y, de hecho, han llegado a ser) insoportables; mientras que si gozan de independencia todos los fiscales, todos

los defensores, se respaldarían en conjunto, unos a otros, formando una malla inexpugnable, de modo que la acción corruptora no tiene un solo blanco donde incidir, y pierde su eficacia.

7. DEONTOLOGÍA Y CULTURA DEL DEFENSOR PÚBLICO

La defensa pública en el proceso penal debe ser comprendida en el contexto adecuado, que es «la situación del imputado en el mundo del proceso»; y su contexto debe localizarse en una sociedad capitalista que presenta una separación o brecha entre clases socio-económicas con intereses contrapuestos: una burguesía dueña del capital, cuyo interés primordial es el ensanchamiento de la empresa de negocios; un proletariado cuyo único bien es la fuerza de trabajo, y cuya aspiración primordial es brindar su trabajo a cambio de un ingreso que le permita acceder dignamente a los bienes de la vida; y un Estado como el usual en el Mundo Occidental, cuyo objetivo proclamado en las Constituciones y programas de gobierno sería alcanzar el mayor bienestar para sus habitantes, pero que ha fracasado vistosamente ante el crecimiento implacable de la brecha económica en los últimos tiempos, la cual ha permitido al uno por ciento de la población mundial alzarse con el ochenta por ciento de la riqueza.

La realidad de nuestros Estados ha sido que en regímenes de democracia representativa (en América Latina el mejor escenario posible) el pueblo ha votado regularmente, pero la oligarquía ha gobernado regularmente con mano libre, mediante legislaciones y gobernaciones que propiciaban la concentración de la riqueza y el poder; y el Derecho Penal estuvo al servicio de esas políticas. Sin nunca admitirlo oficialmente las autoridades, en aquellas circunstancias la pobreza fue considerada como «estado peligroso», y miles de jóvenes pobres son etiquetados «preventivamente», detenidos en redadas, marginados; sus posibilidades de estudio y trabajo se restringen cada vez más; y al final son cortésmente invitados a encarnar su destino delincuente.

Los pobres de nuestros países, generalmente mestizos, mulatos, afrodescendientes, indígenas, viven día a día el mundo de la exclusión y de la carencia; y saben que, en cualquier momento, en el mercado o en el juzgado, les harán pagar las consecuencias de lo que Raúl Zaffaroni ha llamado el «delito de portación de cara»: por andar circulando por allí con esa cara de chusma, de cholo, de pardo, de chombo que la cultura burguesa nos ha enseñado a rechazar, temer y odiar. Y esto que se da en la sociedad, se da por igual en el proceso penal: si el pobre es siempre el sospechoso, el pobre que es acusado es, ipso facto, el culpable; y si es el culpable, no hay

razón por la que tengamos que gastar mucho en su defensa. E igual le va al defensor: si el acusado es un delincuente, quien se atreva a defenderlo es, obviamente, su cómplice, su alcahuete. De modo que entre los operadores jurídicos en el proceso se establece una distinción tajante: el juez y el fiscal defienden a las víctimas, a los inocentes, a los buenos, de manera que sus meritorias conductas de perseguir y condenar salvan a la comunidad de caer en el oprobio y la ruina; mientras que el defensor forma parte de los malos, y al tratar de proteger a los culpables cumple una función cívicamente dañina, antisocial.

Corolario: la justicia penal debe condenar mucho; si no lo hace, es señal de que las cosas no andan bien. Hace unos veinte años, en tiempos brillantes de la Defensa Pública costarricense, cuando en cierto momento los defensores lograban desbaratar en numerosos casos la trama acusatoria de la Fiscalía, llegando de esa manera a una cifra record de sentencias absolutorias, los fiscales y los jueces en conjunto pusieron una queja ante la Corte Suprema. Y hubo una sentencia memorable, en la que el juez, al llegar a sus motivaciones de fondo, concluyó en que: «vistos los hechos que se tiene por demostrados y el derecho aplicable, no tengo más remedio que absolver».

Al tratar de recrear el escenario deseable de las relaciones entre defensor y defendido descarto la figura minoritaria del delincuente curtido, multi-reincidente, (quien vive la alternación entre la prisión y la libertad como rutina de negocios) para centrarme en las decenas de miles de acusados pobres que, tras una existencia de privaciones y de ilusiones frustradas, viven el proceso judicial, la prisión preventiva y la expectativa de una eventual condena como una verdadera tragedia vital. ¿Podemos imaginar nosotros, comodones burgueses instalados en nuestra comfortable seguridad, lo que para ellos significa el Defensor Público?

Un defensor público discretamente eficiente sabe que su deber es defender al imputado, demostrando su inocencia o, al menos, procurando que reciba un trato lo más humanitario posible, si fuese encontrado culpable. Pero un defensor que quiere ir más allá de las formas procesales; un defensor profundamente consciente del universo en el que se inserta su relación con el acusado, es el que ha desarrollado la capacidad de la verdadera compasión: capaz de entender y vivir el drama de la pobreza y de la exclusión de su defendido en la vida cotidiana, así como en cada paso del itinerario procesal, se esfuerza por reivindicar momento a momento su plena dignidad de persona. Sabe que debe conocer íntimamente a su defendido y dejarse conocer de él, para conseguir su total confianza, para lo cual debe provocar su encuentro, visitándolo asiduamente si está preso, transmitiéndole siempre su solidaridad; debe prepararlo cuidadosamente

para la audiencia, mostrándole cuándo y cómo debe intervenir de palabra y revisando con cuidado su lenguaje corporal, a fin de que evite causar una mala impresión en los jueces. Asimismo debe fortalecer su ánimo, exigiendo a los jueces, fiscales y auxiliares en el proceso que le dispense un trato respetuoso; que si los tiene, la familia y amistades del acusado estén presentes entre el público durante la audiencia, etc.

Me llena de satisfacción decir que, en el curso de mi vida, he conocido defensores de esa talla en el actual Organismo de la Defensa Pública de Costa Rica, los cuales han contribuido así a elaborar, con su palabra y con su ejemplo, los perfiles de una verdadera Deontología de la Defensa Pública que resulta imperativo atesorar.

8. EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA EN AMÉRICA

Veamos ahora el aspecto externo, institucional. Empezamos por decir que Ministerio Público significa, en buen «roman paladino», *menester del pueblo*, necesidad del pueblo que el Estado se apresta a organizar y brindar. Por la misma razón que necesita fiscales capaces e independientes, el Pueblo necesita defensores públicos igualmente capaces e independientes, verdaderos «abogados del Diablo» que examinarán con potente lupa todo lo que hagan y digan jueces y fiscales y destruirán inexorablemente todo aquello que hubiere sido construido *contra Lex*; porque en el ámbito del proceso jurisdiccional los derechos de un acusado son tan sagrados como los de cualquier otro ciudadano, con absoluta prescindencia del contenido de la acusación que se le formule, y para ejercerlos se requiere de titulares no dependientes de órdenes o instrucciones provenientes de una jerarquía.

El sueño está empezando a cumplirse: hoy muchos países de Latinoamérica cuentan con defensores públicos para lo penal y otras materias, pero desde 2015 la República Argentina promulgó su Ley 27149, que es la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, colocando a los defensores al mismo nivel de los fiscales. Y con ocasión del XIV Congreso (virtual) sobre Prevención del Delito y Justicia Penal organizado en Kioto, Japón, la doctora Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación Argentina, ha afirmado que «el rol de la defensa pública en la construcción de la Democracia es lograr el respeto de los derechos humanos de todos y todas».

Defendiendo los derechos humanos de los más menesterosos, el Ministerio Público de la Defensa construye efectivamente democracia, cuando equilibra la balanza respecto de su contraparte el Ministerio Público de la Acusación y exige calidad y pulcritud en las funciones de investigar y juzgar.

Porque, en efecto, un Ministerio Público de la Acusación y un Ministerio Público de la Defensa distintos, separados e independientes, sólo sometidos a la ley, son el debido complemento de un Sistema Jurisdiccional dotado de esas mismas garantías. En Costa Rica, una reforma constitucional en este sentido debe entonces acompañar a la otra, de mayores dimensiones, del Sistema de la Jurisdicción. Pero ni la una ni la otra serán factibles mientras la conciencia popular no arranque el poder de las garras de la oligarquía nacional y transnacional que hoy nos gobierna, y permita que las instituciones se muevan del Siglo XIX, donde se hallan varadas, al Siglo XXI.

Estamos paralizados por la ignorancia y la codicia de poder de la oligarquía hegemónica. No podemos ignorar que la Región Latinoamericana ha avanzado, pues en el año 2003, durante el II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas, estábamos entre los 18 países que crearon la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP); y también sabemos que ésta, en setiembre de 2009, convino con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en encargarse de nombrar «Defensores Interamericanos» que están hoy representando ante dicha Corte los derechos de las partes procesales carentes de recursos económicos o de representación legal. No podemos retrasar el momento de empezar a dar a nuestra modesta y sufrida Defensa Pública el rango y las atribuciones que en la lógica de la buena Justicia le corresponden, y de los que sus pares de otros países vienen gozando desde hace años.

9. CONCLUSIONES

Como consecuencia de lo antes expuesto, creo que nuestro esfuerzo como juristas debe apuntar:

- a afinar las reglas y los criterios de elección y permanencia en el cargo de los jueces, fiscales y defensores, a fin de garantizar institucionalmente su independencia interna y externa; y con ello, no sólo que los procesos sean resueltos justamente, sino que las puertas de los tribunales se abran para todos, sin privilegios ni distinciones;
- por consiguiente, a luchar para que una reforma constitucional: a) otorgue rango supremo a los institutos del Ministerio Público de la Acusación y del Ministerio Público de la Defensa, en plano de perfecta igualdad institucional; y b) consagre institucionalmente la plena independencia de sus agentes como una garantía también

esencial de la recta administración de la Justicia para todas las personas, sin distinción.

En todo caso, con respecto al proceso penal, debemos tener claro que éste, por perfecto que sea y por bien que funcione, no es por sí solo el remedio contra las grandes lacras que agobian a la comunidad humana en el sistema capitalista. El verdadero remedio es una efectiva Justicia social, derivada de la auténtica Democracia. Y me gusta recordar aquí y ahora que aquel fino jurista que fue **Gustav Radbruch** (legislador y ministro de la República de Weimar, maestro de Filosofía) lo reafirmó en sus últimos años en un apotegma memorable, con palabras que pudieron ser como éstas: *la mejor política criminal es una justa política social*.

BIBLIO-HEMEROGRAFÍA

- GUSTAVA AGUILAR. *El defensor público en el Sistema Interamericano*; en la revista Talión; n.º 93; Santiago de Chile, 2014.
- GIORGIA ALESSI. Proceso penal (Derecho intermedio) en la «Enciclopedia del Derecho». Giuffrè, Milán, 1987. Tomo XXXVI.
- MATÍAS BECERRA y EMILIO A. Cappuccio. *El Defensor Interamericano. Un nuevo sujeto procesal para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos*; Revista Institucional de la Defensa Pública, Buenos Aires, 2013.
- ALBERTO BOVINO y PAOLA BIGLIANI. *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*; Defensoría General de la Nación, Buenos Aires 2008.
- ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS. *Processo Internacional de Direitos Humanos*; Saraiva, Sao Paulo, 2012.
- MARCO TULLIO CICERÓN. *Verrinas*; Unam, México, 1987).
- HELICIO MACIEL FRANÇA MADEIRA. *História da Advocacia. Origens da profissão de advogado no direito romano*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo-Brasil, 2002).
- LUIZ FLAVIO GOMES y FLAVIA PIOVESAN. *Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos*; en “O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro”; Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2000.
- GIULIO ILLUMINATI. *Accusatorio ed inquisitorio* (sistema), voz de la Enciclopedia Giuridica Treccani; vol. I, Roma, 1990.
- JAVIER LLOBET. Proceso penal comentado. ED – Continental, San José, 2009.
- ANDRÉS LUIS MACHADO DE CASTRO. *Defensoría Pública y Sistema Interamericano de Derechos Humanos*; CIDH, San José, 2009.
- ROBERTO MADRIGAL ZAMORA. *El lado más humano de la Defensa Penal Pública*; Derecho al Día, San José, 2021.

- JULIO B. J. MAIER. Derecho Procesal Penal argentino. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- TEODORO MOMMSEN. *Derecho Penal Romano*; Temis, Bogotá, 1999).
- UGO ENRICO PAOLI: *EL PROCESO ATENIENSE*; EN “NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO; UTET, TURÍN, 1968, TOMO XIII).
- FLÁVIA PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- EBERHARD SCHMIDT. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- AMÉLIA SOARES ROCHA. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAYO CORNELIO TACITO. *Diálogo sobre los oradores*; en «Agricola, Germania y Oradores»; Gredos, Madrid, 1988.
- LUIS RODRÍGUEZ ENNES. *La remuneración de la oratoria forense: del rechazo inicial a su aceptación social y normativa*; en Studi Impallomeni, Universidad de Trieste; Giuffrè, Milano, 1999).
- EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (COORD.). El proceso penal. Porrúa, México, 2000.

Entre la ficción y la realidad: de *El Cartero siempre llama dos veces* a «La Viuda Negra de Patraix»

Rosario de Vicente Martínez
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha



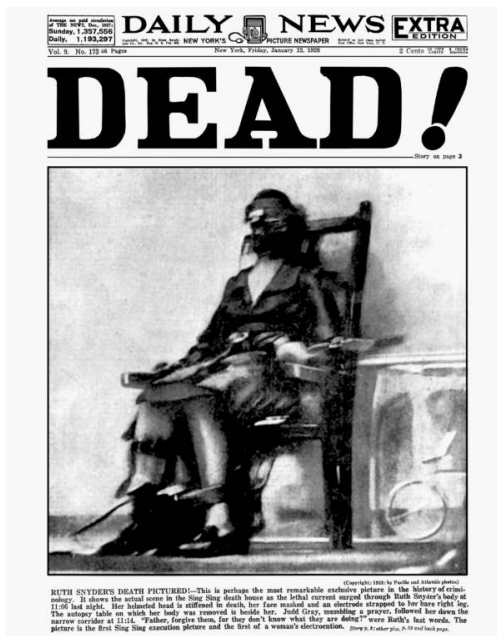
A Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

I. LA FICCIÓN

COMO OTROS GÉNEROS DEL CINE, el *film noir* no nace espontáneamente, antes bien llega precedido por una literatura que había empezado a llenar los quioscos norteamericanos desde la primera mitad de los años treinta. Gran parte de estos autores se convirtieron en el principal aporte literario del cine negro, ya de manera indirecta –adaptaciones de sus obras–, ya por la participación en algunos guiones.

Uno de los escritores de «novela negra» más famoso es el estadounidense James Mallahan Cain quien había trabajado como reportero en el *New York World* y que en 1927 fue uno de los muchos periodistas que asistió al famoso juicio de Ruth Snyder y Judd Grey, una pareja de criminales aspirantes a asesinos perfectos que se traicionaron mutuamente y acabaron en la silla eléctrica.

El 13 de enero de 1928, Ruth Snyder, una ama de casa del barrio de Queens, Nueva York, ocupaba la portada del *New York Daily News* sentada en una silla eléctrica en la cárcel de Sing Sing, bajo el titular *Dead!*. La foto fue tomada por Tom Howard. Con una cámara escondida en su tobillo había burlado la prohibición de fotografiar a presos.



Ruth Snyder electrocutada en la prisión de Sing Sing, Ossining, Nueva York, 1928.
Tom Howard/ Twentieth Century Photography Fund.

La protagonista había asesinado a su marido, ahorcándole con una cuerda de un piano, con la ayuda de su amante, un vendedor de ropa interior de la Quinta Avenida.

Años más tarde Andy Warhol se inspiraría en esta imagen, convirtiendo la silla eléctrica en una manifestación más de la *American way*. (*El País*, 11 de mayo de 2016).

A partir de este hecho real, Cain creó dos historias que no tardaron en recibir ofertas de compra de Hollywood. Se trataba de su inolvidable *El cartero siempre llama dos veces* (título original: *The Postman Always Rings Twice*), novela que fue adaptada al cine en varias ocasiones, y *Double Indemnity*, llevada al cine con el título de *Perdición*.

La visión negra del amor y la muerte de James M. Cain tuvo una primera versión en la gran pantalla «no autorizada» y realizada en Francia en 1939 con el título de *Le Dernier Tournant* dirigida por Pierre Chenal y con Michel Simon en el papel del sufrido esposo, Nick. La historia comienza cuando Frank, un hombre que vaga sin rumbo, llega al restaurante de una carretera secundaria regentado por Cora y su marido, Nick. Éste

le atiende y le ofrece un trabajo, pero él lo rechaza. Sin embargo, cuando aparece la mujer del propietario del local, Cora, decide quedarse. La sórdida vida de esta mujer cambiará con la aparición de Frank, que pronto se convierte en su amante y al que inducirá a matar a su marido, un hombre mayor que ella, dominante y asfixiante. Por mucho que Frank intente resistirse a esta diosa bajada a la tierra en esa cafetería de mala muerte, siempre regresa arrastrándose ante ella. La atracción física que siente la pareja quizá no sea tan descarada como en la novela, pero se irradia en su necesidad magnética de estar juntos a toda costa. El deseo de Cora de escapar de un marido viejo y vulgar, y de un lugar sin expectativas de futuro, desata una serie de acontecimientos trágicos presididos por el sexo, el crimen y la muerte.

El elemento más subversivo de la mayoría de los *filmes* del cine negro es el personaje femenino, a menudo una mujer fatal, pero por muy dominante que sea la mujer, no hay historia sin la figura masculina de igual importancia. Sin un hombre que destruir no hay mujer fatal.

La película se prohibió en Estados Unidos y la guerra interrumpió su distribución por el resto del mundo, por lo que finalmente cayó en el olvido.

Otra adaptación no autorizada más famosa es *Obsesión* (*Ossessione*) dirigida por el director italiano Luchino Visconti en 1943. Visconti debutó como director con esta adaptación de la famosa novela de James M. Cain, en plena Guerra Mundial. La película se estrenó el 16 de mayo de 1943 en el cine Arcobaleno, de Roma, y desde el primer momento generó una enorme polémica. Mussolini prohibió su exhibición y ordenó que se destruyeran todas las copias. La película se salvó gracias a una copia que conservaba el propio Visconti.

Visconti, como su homólogo francés, jamás consiguió los derechos de la obra de Cain por lo que no pudo distribuir la cinta en Estados Unidos al tener los derechos la Metro-Goldwyn-Mayer que no se atrevió a enfrentarse al Código Hays. Fue preciso que Billy Wilder alcanzara un gran éxito con la película *Perdición* (1944) para que la Metro-Goldwyn-Mayer se armara de valor y llevara a cabo la versión de *El cartero siempre llama dos veces* (1946) encargando la dirección de la cinta al estadounidense Tay Garnett y con Lana Turner en el papel de Cora.

El personaje de la inductora que se sirve de la pasión para conseguir sus propósitos criminales no era nuevo en el cine, pero pocas hicieron en él tanta fortuna como la Cora de *El cartero siempre llama dos veces* que ha merecido el honor de ser interpretado por varias actrices. Destaca, naturalmente, Lana Turner en la versión de Tay Garnett: ella es la histórica por su oportunidad y su representatividad. Desde su primera aparición

—turbante y shorts blancos, zapatos topolino— el espectador sabe que era capaz de imbuir ideas perturbadoras en la cabeza de Frank (Jon Garfield). Entre los dos asesinan al marido y pasan el resto de la película dominados por el temor de ser descubiertos. Al final, se cumplía en Cora el destino de muchas de esas mujeres fatales: acaba siendo castigada, decreto de una sociedad estrictamente puritana que exigía el castigo de la maldad o, simplemente, el de ser excepción de la regla.



En el mundo del cine negro, no obstante, el destino rara vez es generoso. No da segundas oportunidades. Cora muere en un accidente de coche con Frank. En el toque de ironía final de la película, Frank se enfrenta a la cámara de gas por un asesinato que no cometió, el de Cora, en lugar de por el que sí cometió, el de Nick. Pero acepta su sentencia, rogando al cielo volverse a reunir con Cora para siempre, «dondequiera que esté».

Garnet introdujo algunos cambios en el guion original de Cain, la mayoría de ellos debido a la censura. El nombre que da título



a la novela y a la película es puesto en boca de Frank: «¿Sabes una cosa? Hay algo en todo esto que... es como esperar una carta que te mueres por recibir y te quedas en la puerta por temor a no oírle llamar, sin darte cuenta de que el cartero siempre llama dos veces».

La cuarta adaptación de la excelente novela de Cain incide especialmente en el componente erótico. En 1981, Bob Rafelson llevó a cabo un interesante *remake* del clásico de Tay Garnet con Jessica Lange y Jack Nicholson. La pasional escena sobre la mesa de la cocina que mantienen los amantes es probablemente la mejor escena de sexo de todos los tiempos. La excusa de Bob Rafelson para llevar de nuevo a la pantalla la conocida y célebre historia era añadir las dosis de erotismo que no habían en la época en que se rodó la versión anterior.

En la misma temática incide *Ascensor para el cadalso* (*Ascenseur pour l'échafaud*) 1958 de Louis Malle, basada en la novela del escritor francés Noël Calef publicada en 1956. Florence, interpretado por una magistral Jeanne Moreau, una de las grandes musas de la *Nouvelle Vague*, y su amante Julien planean hasta el último detalle el asesinato del marido de Florence quien es también el jefe de la empresa donde trabaja Julien. Para poder vivir juntos, los amantes deciden matar al marido de modo que parezca un suicidio, pero ocurre algo que no estaba previsto. El plan es perfecto. Es sábado en horas extras y hay muy pocas personas en las oficinas donde trabajan Julien y el marido de Florence. Su entrenamiento como exmilitar en Indochina y Argelia lo han preparado para el esfuerzo físico y la sangre fría requeridas para cumplir su cometido. Tiene coartada y testigos que darán fe de su inocencia. Pero un olvido imperdonable, una saga, hará que regrese al edificio de su empresa y justo cuando sube en el ascensor el guardia de seguridad corta la llave de la luz y cierra las puertas, dejándole atrapado entre dos pisos, mientras Florence inicia una peregrinación, buscando a su amante por toda la ciudad.

Louis Malle creó un drama existencial a partir de ingredientes clásicos del género policiaco: los amantes, el marido fastidioso, un asesinato planeado minuciosamente y el poder destructivo del destino. La maldad de sus intenciones quizá en otro tipo de *filme* hubiera salido impune, pero no en *Ascensor para el cadalso*. Louis Malle juega con los destinos de los amantes, haciéndoles sufrir un infierno antes que la justicia de los hombres los juzgue.

Ascensor para el cadalso fue el debut en el cine del director francés, que entonces tenía 25 años. *Ascensor para el cadalso* es la obra de un debutante cuya clara frialdad hace estremecerse. Con este *film* Louis Malle rindió homenaje al cine negro norteamericano y mostró su admiración por el cine de Alfred Hitchcock. *Ascensor para el cadalso* es una película

que habla de la soledad, de la imposibilidad de ser felices, de la lógica implacable del azar.



Igual que Robert Bresson, con el que había trabajado anteriormente de ayudante en *Un condenado a muerte se ha escapado*, Malle recurre una y otra vez a las metáforas: Julien está encerrado en su ascensor-prisión y Florence, como si para ella tampoco hubiera escapatoria, vaga por las calles mojadas por la lluvia de un París laberíntico en busca de Julien, mientras su rostro lleno de interrogantes y una voz en *off*, su pensamiento, nos habla: «Te he perdido en esta noche, Julien. Debí dejarte en paz, no besarte, no acariciar tu cara. Si no mataste a Simón, no importa. Si tuviste miedo, tanto mejor, pero debes volver, debes estar vivo, a mi lado. Julien, es necesario. Es necesario».

La narración en primera persona era un recurso muy popular entre los escritores de novela negra. Y en las películas sirve a varios propósitos. En primer lugar, sitúa al espectador en la mente del protagonista, para que pueda experimentar de forma más íntima la angustia del personaje. Y lo que es más importante, le obliga a identificarse, al menos en parte, con el narrador.

En el deambular nocturno de Florence por las calles solitarias y los bares atestados de París, solo la acompaña el jazz de la banda sonora. La trompeta de Miles Davis es prodigiosa, pocas veces se ha visto la música de jazz tan bien acoplada a una historia. La agresividad agotadora de la trompeta traslada el nerviosismo del personaje a la sala de cine.

Una versión similar se encuentra en *Perdición* (*Double indemnity*), 1944, de Billy Wilder basado en la novela *Double Indemnity* de James M. Cain, quien la escribió en 1936. *Perdición* es un ejemplo del restablecimiento del cine negro y del viraje a ese género que el cine de Hollywood realizó a principios de los años cuarenta. Billy Wilder adaptó junto a Raymond Chandler, otro maestro del género, la novela de James M. Cain. La representación del adulterio y del asesinato entre esposos estaba estrictamente reglamentada en aquella época por el Código de Producción y, de hecho, apenas se autorizaba. Hubo que suavizar el contenido de la novela porque la trama criminal no giraba como era costumbre en torno a gánsteres profesionales, sino en torno a ciudadanos completamente normales, impulsados por el simple deseo irrefrenable de sexo y dinero.

Conspiración y traición, amor y sexo, asesinato y crimen perfecto. En el cine negro todos estos factores son vitales y todos forman parte de la trama de *Perdición*, el *film noir* por excelencia para muchos. En la crítica aparecida en el *Frankfurter Rundschau* se puede leer: «Junto con *Ciudadano Kane* de Orson Welles, *Perdición* es la película más atrevida, inquietante y sombría del Hollywood de los años cuarenta. Una fantasmagoría sobre el desconcierto y la desesperación, sobre la violencia que todos llevamos dentro. Una visión negrísima de la soledad, el miedo y la muerte».

Un agente de seguros y un ama de casa, Phyllis Dietrichson (interpretado por una soberbia Barbara Stanwyck, quien, con su inquietante mirada gélida, permanece en nuestra memoria como la mujer fatal más fría del cine negro), buscan escapar del aburrimiento de sus vidas de gente de la clase media cometiendo un fraude a una compañía de seguros y un asesinato. El agente de seguros, Walter Neff, llega tambaleándose de noche a su oficina, herido. Ante un dictáfono, prepara una confesión de sus crímenes, destinada a Keyes, su jefe (interpretado por un magistral y brillante Edward G. Robinson). Al inicio de su narración Walter Neff confiesa: «Sí, yo le maté. Le maté por dinero y por una mujer. Y ni conseguí el dinero ni la mujer. Estupendo, eh?». Así arranca una de las obras maestras indiscutibles del cine negro. En el relato ante el dictáfono confiesa que «un crimen nunca es perfecto. Se descubre tarde o temprano. Y cuando intervienen dos personas, más bien temprano... Y eso no es como subir juntos a un tranvía del que cada uno puede apearse cuando quiera. Tienen que seguir juntos hasta el final. Y es un viaje de ida tan solo, porque el final de la línea es el cementerio».

El cine negro extrae su fuerza verbal de la novela negra. En los libros de este género abundan las frases típicas de este cine. Los diálogos están plagados de caracteres que producen los más inteligentes comentarios, desde dobles sentidos a conceptos poéticos. La primera reunión entre Neff y la vampiresa Phyllis es un clásico ejemplo de ello. La voz en *off* de

Neff ofrece este oscuro típico: «¿Cómo imaginarse que el asesinato pueda oler a madreSelva?».

El hecho de que no hay escapatoria para Walter queda claro con la música opresiva de Miklós Rózsa, que parece empujarle inevitablemente a su amargo final.

Billy Wilder rodó un final alternativo en el que Keys presenciaba la ejecución de Neff en la cámara de gas, pero este final nunca llegó a ser utilizado pues como comentó Wilder «rodé toda la escena en la cámara de gas, la ejecución, cuando todo estaba en silencio, con una gran precisión. Y entonces pensé: si de hecho todo ha terminado ya, ahora lo único que tengo es otra coletilla fuera de la oficina. Cuando Neff cae de camino al ascensor y ni siquiera es capaz de encender la cerilla, y a lo lejos oyes las sirenas, no se sabe si de ambulancias o de la policía, te das cuenta de que todo ha terminado. La cámara de gas sobra».



La rubia fatal vuelve a aparecer en *Fuego en el cuerpo* (*Body Heat*) 1981 de Lawrence Kasdan. Antes de que se pueda dar cuenta el abogado Ned Racine estará metido hasta el cuello en un tórrido romance con una mujer casada, Matty, que incluye el plan de asesinar a su marido. Solamente cuando ya es demasiado tarde, Ned se da cuenta de que el mismo se ha convertido en la víctima de una intriga mortal.

La trama resulta muy familiar. *Fuego en el cuerpo* es el *remake* de un clásico en el que está presente un guiño a Wilder y un homenaje a *Perdición*. En

ambas películas, una arpía fría como el hielo teje una red letal para engañar a su confiada víctima. Matty (Kathleen Turner) apenas si tiene dificultades para lograr que Ned Racine (William Hurt) caiga rendido a sus pies.

El director y guionista, Lawrence Kasdan, dio en el clavo son sus diálogos irónicos y concisos. En ellos se respira el espíritu del clásico cine negro, pero firmemente basado en los fundamentos del estilo de los ochenta. Hay una escena terrible donde Ned le dice a Matty: «Este hombre va a morir sin ninguna razón, solo porque queremos».

Frase que podría ponerse perfectamente en la boca de Salva, el amante de Maje, lo que confirma que en ocasiones la realidad supera a la ficción.

II. LA REALIDAD

La historia protagonizada por Maje (María Jesús Moreno Cantó) y Salva (Salvador Rodrigo Lapiedra) podría constituir material para un magnífico guion de cine de no ser porque es una historia que ya se ha mostrado en la gran pantalla en numerosas ocasiones. La duda que queda sin resolver es saber si Maje es la Cora de *El cartero siempre llama dos veces* o la Phyllis de *Perdición*.

Según los hechos probados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 465/2020, de 16 de noviembre, Maje, casada con el ingeniero Antonio Navarro, planeó junto a un compañero de trabajo y amante, Salva, el asesinato de su marido. A las 7.40 horas de la mañana del 16 de agosto de 2017 cuando Antonio iba a coger su coche, estacionado en el garaje del valenciano barrio de Patraix que el matrimonio tenía en propiedad, Salva le propinó seis cuchilladas que afectaron a sus órganos vitales y que le causaron la muerte en pocos minutos. Salva estaba escondido en el garaje y atacó a Antonio de manera súbita e inesperada por lo que éste no pudo defenderse del ataque. Maje y Salva planificaron de común acuerdo la muerte del marido, acordando que Salva ejecutaría la acción empleando un arma blanca. Como Salva no conocía a Antonio, Maje le facilitó la llave de acceso al garaje, así como toda la información precisa sobre los horarios de su marido, el número de la plaza, modelo y matrícula del vehículo y le dijo «no falles».

Tras haber cometido el crimen, Salva se cambió de ropa y se deshizo de los guantes y del cuchillo arrojándolo en una poza séptica de una finca de su propiedad y, pasadas unas horas se reunió con Maje en el domicilio de la hermana de ésta para confirmarle la muerte de su marido. ¿Habían llevado a cabo el crimen perfecto? Difícilmente.

Ambos fueron detenidos. En el momento de la detención, Salva reconoció ser el autor material de la muerte de Antonio e indicó a los policías

dónde se hallaba el cuchillo empleado para darle muerte, siendo recuperada el arma gracias a dicha información.

Un año después, el 9 de noviembre de 2018, Salva señaló ante el Juez de Instrucción que tanto él como María Jesús, a quien hasta ese momento había tratado de exculpar, habían planificado la muerte de Antonio.

El jurado, al más clásico estilo americano, compuesto por cinco mujeres y cuatro hombres elegidos al azar entre la ciudadanía valenciana, estimó suficientes las pruebas presentadas para considerar a los amantes culpables por unanimidad del asesinato de Antonio. La partida de ajedrez judicial librada durante tres semanas terminaba con el jaque mate a la conocida como «viuda de Patraix».

El veredicto emitido por unanimidad dictaminó la culpabilidad de los amantes. El fallo condenaba a María Jesús, la viuda de Patraix, como autora de un delito de asesinato con alevosía, previsto y penado en el artículo 139.1.1.^a del Código penal, con la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 y sin que concurra atenuante alguna a la pena de 22 años de prisión, con inhabilitación absoluta durante ese periodo y a Salvador como autor responsable de un delito de asesinato con alevosía, previsto y penado en el artículo 139.1.1.^a del Código penal con la atenuante analógica de colaboración con la justicia del artículo 21.4.^a del Código penal y sin que concurran circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal a la pena de 17 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Asimismo, ambos acusados deberán indemnizar por vía de responsabilidad civil, de forma conjunta y solidaria, a los padres de Antonio en la cantidad de 100.000 euros a cada uno de ellos (200.000 euros en total), y al hermano del fallecido en la cantidad de 50.000 euros.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimó los recursos de apelación interpuestos por los condenados y confirmó íntegramente las condenas de 22 y 17 años de prisión, respectivamente, contra María Jesús Moreno y su ex amante, Salvador Rodrigo, por el asesinato del marido de ella a cuchilladas en un garaje del barrio de Patraix en agosto de 2017.

¿Qué papel protagonizó Maje? ¿estaba realmente enamorada de Salva? o ¿simplemente lo utilizó conocedora de su intenso enamoramiento y dependencia emocional para librarse de un marido al que no quería? Salva no era su primer amante. Semanas antes del crimen, Maje en un *chat* con otro de sus amantes le dice que «odia a su marido, que quiere verlo muerto e incluso que ha pensado en acabar con su vida».

Un guion por escribir, aunque la historia se repita, es lo que nos depara la fría y cruel historia de «la viuda negra de Patraix».

¿Qué debe analizar un recurso de amparo contra una condena por delitos de expresión? Perspectivas material y procedimental en la jurisprudencia constitucional

Jacobo Dopico Gómez-Aller
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid



I. PLANTEAMIENTO

TAN IMPORTANTE COMO LOS LÍMITES materiales impuestos por la libertad de expresión al legislador penal¹ es el funcionamiento de estos límites desde la perspectiva de la *law in action*. El ámbito real del derecho fundamental puede acabar allá donde termina la posibilidad de recabar una respuesta protectora: *ubi jus, ibi remedium*. Por ello, para perfilar el alcance real de la libertad de expresión es esencial determinar los presupuestos ante los cuales se debe otorgar amparo constitucional contra condenas penales por delitos consistentes en actos de expresión.

¹ Materia en la que el homenajeadado ha realizado algunas de las aportaciones más relevantes de la doctrina penal española: baste citar sus tempranos e influyentes trabajos *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor* (Tecnos, 1987) y «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal» (ADPCP 1991, p. 339 y ss.).

II. CONTEXTO: EL CASO CÉSAR STRAWBERRY

A finales de la década pasada recayeron diversas resoluciones condenatorias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que calificaban expresiones de humor satírico como delitos relativos al terrorismo: enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas.

Quizá la más problemática de todas ellas fuese la STS 4/2017, caso *César Strawberry*, que anulaba la sentencia absolutoria de la Audiencia Nacional y condenaba a un músico a un año de prisión por 6 tweets satíricos. Desde el punto de vista técnico, la sentencia era chocante no solo atendiendo al contenido de los tweets (bien es cierto que ya conocíamos casos más absurdos, como el «caso Casandra»)², sino por la conjunción de una serie de factores que se analizarán en las siguientes páginas.

Cuando la STC 35/2020 otorgó el amparo a César Strawberry se produjo una importante sensación general de alivio. La condena del TS suponía un grave problema institucional. Era una resolución que, de haber llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habría supuesto una complicadísima situación: tener que defender una pena de un año de prisión por delito relacionado con el terrorismo por 6 tweets de un autor satírico, carentes de efecto incitador a la comisión de delitos y que no causaron daño al honor ni a otro derecho fundamental.

III. ¿«INSUFICIENTE EN MOTIVACIÓN» O VIOLACIÓN DE UN ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL?

Pese a esa inicial sensación de alivio, pronto se pudo comprobar que la sentencia planteaba diversos interrogantes desde la perspectiva técnica jurídica.

Uno de ellos se derivaba de la tendencia del TC, iniciada con la STC 112/2016, a hacer en los recursos de amparo en materia de libertad de expresión un análisis cada vez más *formal* o *procedimental*, que le ha llevado a entender que en esos su labor es únicamente comprobar si en la sentencia litigiosa ha habido una *suficiente valoración previa* del juego de la libertad de expresión.

² La SAN n.º 9/2017, de 29.3, condenó a dos años de prisión a una joven estudiante por 13 chistes sobre el asesinato de Carrero Blanco en el año 1973. El TS debió anular esa condena en su STS 95/2018, de 26.2. Ver al respecto el texto DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Carrero como síntoma», en *eldiario.es* 5.2.2017 (https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/carrero-sintoma_129_3595781.html), suscrito por más de 200 académicos.

Y, en efecto, este fue el motivo por el que el Tribunal Constitucional anuló la condena: por entender que el Tribunal Supremo, en su condena,

«no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión» (FD 5).

Así, lo que el TC reprochaba al TS, en términos llamativos, es *que no había motivado bien la Sentencia*, al no haber analizado un extenso número de factores:

«[E]stas argumentaciones resultan insuficientes, pues se observa la ausencia de consideraciones en relación con la dimensión institucional de la libertad de expresión: valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de una sociedad democrática; ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas; consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto desaliento o acarrear la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se propongan ejercitarla mediante la utilización de medios o con contenidos similares; estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, en su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional» (FD 5).

¿Se trata entonces de una *insuficiente motivación*? La aproximación se antoja extraña, y más propia del análisis de las violaciones del derecho a la *tutela judicial efectiva*. ¿Acaso habría sido compatible con la Constitución si hubiese alcanzado las mismas conclusiones, pero añadiendo un párrafo que explicitase...

- que la condena *sí* era compatible con la dimensión institucional de la libertad de expresión;
- que los 6 chistes defendían actitudes violentas y no aportaban nada a la formación de la opinión pública libre;
- que no suponían la adhesión a una opción política *«legítima»* (*sic*); y
- que la condena no produciría efecto desaliento?

La respuesta debe ser negativa. La STS 4/2017 no era compatible con la Constitución porque contradecía la doctrina del TC sobre libertad de expresión, al condenar por un delito de enaltecimiento del terrorismo o

humillación a las víctimas a una persona pese a que en los hechos probados se negaba expresamente que el acusado «buscase defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas»; y por unos hechos que, bajo los estándares del TC y el TEDH, nunca podrían considerarse una conducta idónea para mover a nadie a cometer delitos.

En efecto: para condenar al acusado con ese relato de hechos probados, el TS adoptó una posición sorprendente: sostener que en unos delitos de expresión (concretamente, en unos delitos de discurso incendiario) *la intención del hablante es irrelevante*. Así, apelando a la distinción entre *dolo* y *motivación* (aplicada aquí de modo muy cuestionable), el TS sostuvo que el hecho de que el acusado no buscase defender postulados terroristas ni humillar a sus víctimas era *irrelevante* a la hora de decidir si se cometió dolosamente enaltecimiento del terrorismo o humillación a sus víctimas.

«La afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas –siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577–; basta con la reiteración consciente de esos mensajes³ a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo».

Con otras palabras: el Tribunal Supremo sostenía que, aunque según el *factum* de la sentencia de instancia, que debía respetarse en casación, el condenado «no buscaba» humillar a las víctimas ni enaltecer a una organización terrorista, sin embargo las humilló *dolosamente*. Parece claro que esta interpretación tensa el *factum* de la sentencia más allá de los límites de lo posible⁴. Pero el problema constitucional trascendía lo aquí expuesto.

³ Permítaseme un *argumentum ad absurdum*: una lectura literal de este pronunciamiento («basta con la reiteración consciente de esos mensajes») llegaría a la conclusión de que hasta los magistrados que firmaron la sentencia en cuyos hechos probados se recogen los mensajes (e incluso quienes hemos escrito sobre ellos) habríamos realizado la conducta delictiva.

⁴ Además, por cierto, de implicar que la Audiencia Nacional *se habría olvidado* de valorar la prueba sobre el dolo del sujeto, valorándola únicamente sobre su *motivación*.

Con ello, el TS contravenía la exigencia constitucional de un *elemento tendencial* del que, en relación con otro delito de discurso incendiario, habla la STC 235/2007 (una «**intención** de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas», FD 6; que «**se busque** alguna suerte de provocación», FD 9) y que en concreto en relación con los delitos de enaltecimiento del terrorismo recoge la STC 112/2016⁵. En esta última resolución el TC suscribe la afirmación de que «en esta clase de delitos es importante, no solo el *tenor literal* de las palabras pronunciadas, **sino también el sentido o la intención** con los que han sido utilizados».

En efecto: una condena por el art. 578 CP solo es admisible constitucionalmente si, como ha dicho el propio TS en sentencias posteriores recogiendo esta jurisprudencia constitucional, «**resiste ese canon aplicativo de constitucionalidad**», y ello exige que debe poder

«predicarse el componente subjetivo del tipo constitucionalmente exigible, constituido por la “tendencia”, en la voluntad del autor, a querer incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo. Ni aún de manera indirecta. Una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto “siente”, es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a “rienda suelta” y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo» (SSTS 378/2017 y 560/2017)⁶.

Parece claro, pues, que la STS 4/2017 no podía superar el test de constitucionalidad, lo argumentase como lo argumentase.

No obstante, y como hemos visto, el TC en su amparo abordaba la cuestión desde una línea de reproche *procedimental*, diciendo que el problema de la condena era una insuficiente valoración previa de la libertad de expresión, debido a una «insuficiente motivación». En otra parte dice que se debe a una **omisión en la argumentación**, por no valorar la intención comunicativa del recurrente.

⁵ Años después la STC 112/2016 dio lugar a una condena a España por violar la libertad de expresión, en virtud de la STEDH 22.6.2021. El TEDH declaró la violación no porque los argumentos jurídicos fuesen incompatibles con el Convenio, sino porque no consideró razonable *la valoración de los hechos* (en concreto, la apreciación de que el discurso condenado pudiese contener una incitación a la violencia o un peligro para los derechos de otros: ver pfs. 46-49).

⁶ Recogen la cita literalmente diversas sentencias de la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional: SSAN 4/2018, 3/2019 o 10/2019.

«[L]a sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la **intención comunicativa del recurrente** (...). Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión».

Pero realmente la sentencia *no incurre en una omisión*: no es que «pase por alto» la intención comunicativa y por ello no la tome en cuenta en su valoración. Por el contrario, lejos de omitirla, la resolución dedica una extensa argumentación (los 5 últimos párrafos del FD 3 y un recordatorio en el FD 6) a decir que la **intencionalidad no es relevante jurídicamente**, pues pese a que el acusado no tuviese *intencionalidad* de enaltecer o humillar, sí tuvo *dolo* de enaltecer o humillar.

IV. EL TC ABANDONA EN 2021 LAS TESIS «PROCEDIMENTALES» Y VUELVE A UN CONCEPTO DE REVISIÓN «MATERIAL»

Volvamos al tema del *canon de revisión en recurso de amparo* que plantea la STC 35/2020 (caso César Strawberry). La sentencia retoma el criterio de la STC 112/2016 (caso Tasio Erkizia) y afirma que en los recursos de amparo no debe resolver si la interpretación del tribunal sentenciador supone o no una violación *material* de la libertad de expresión, sino **únicamente** si éste ha resuelto usando una motivación que tome en cuenta los elementos que deben ponderarse en casos de libertad de expresión.

«Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este procedimiento de amparo debe quedar limitada, sin entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal, a verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia».

¡Pero en este caso la sentencia del TS sí había realizado una extensa y detallada ponderación de esos extremos en su argumentación⁷! Por ello,

⁷ Como apunta el, por lo demás, problemático voto particular firmado por el magistrado Montoya Melgar.

el TC solo pudo convertir el argumento en una cuestión *cuantitativa*, y decir que no basta *ponderar* esas exigencias, sino que se deben ponderar *suficientemente*.

El argumento, por lo demás, termina siendo una fuente de *ius incertum*. ¿Cuánto es suficiente? ¿Por qué no son *suficientes* los extensos párrafos que el TS dedica a decir que la intención de no enaltecer o no humillar no obsta a la condena? Parecería que el TC aduce este fundamento no para rechazar una sentencia con «insuficiente» motivación, sino una condena con «incorrecta» motivación: en realidad no se trataba de una cuestión *cuantitativa* ni *procedimental*, sino material.

Y es que la alternativa contraria no sería aceptable, pues supondría una auténtica *revolución del sistema de fuentes*. Una sentencia interpretativa del TC, que vincula a todos los intérpretes, podría ser eludida por un tribunal de justicia por el simple expediente de *motivarlo suficientemente*, lo cual supondría una tácita derogación del carácter vinculante de las sentencias interpretativas del TC recogido en el art. 5.1 LOPJ⁸.

Recientemente el TC ha emitido las (por diversos motivos, muy preocupantes) sentencias n.º 192/2020 (caso «*Fora els rosaris dels nostres ovaris*») y n.º 93/2021 (caso «*honor de un torero muerto*») que sorprendentemente deniegan el amparo en dos casos relacionados con libertad de expresión. Sin embargo, si prescindimos de los concretos casos que resuelven y nos centramos en el aspecto que ahora nos interesa, veremos que ambas dan un giro radical a la cuestión. Así, dice la segunda:

«Doctrina constitucional sobre el control que ha de desarrollarse en supuestos en que se invoca la vulneración del derecho a la libertad de expresión.

En supuestos como el presente, dada la naturaleza sustantiva de los derechos fundamentales alegados y el contenido de la jurisdicción de amparo, no resulta ocioso recordar que la naturaleza de nuestro juicio o ponderación no versa sobre la razonabilidad o la suficiente motivación de las valoraciones efectuadas por Jueces y Tribunales. En estos casos, la función que corresponde a este tribunal no se circunscribe a realizar un simple juicio externo de las resoluciones dictadas por los jueces y tribunales ordinarios, sino que vinculados a los hechos declarados probados en la vía judicial..., hemos de aplicar a los hechos de los que parten esas resoluciones las exigencias dimanantes de la Constitución para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetadas, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia».

⁸ Hasta cierto punto, este era el caso de la STS 4/2017, que incumplía los estándares fijados por las SSTC 235/2007 y 112/2016.

En un giro de 180°, el TC abandona la doctrina de la *revisión procedimental* para volver a abrazar la idea de *revisión material* que sostenía en sentencias de finales de los años 90 e inicios de los 2000⁹: en los casos de amparo por violación de la libertad de expresión se deberá analizar si *en el caso concreto* se violaron los derechos fundamentales del recurrente.

Así, paradójicamente, dos de las sentencias más desilusionantes de los últimos años en materia de libertad de expresión son las que contienen el retorno a una idea de amparo material que no se limite a comprobar si el juzgado o tribunal sentenciador *motivó suficientemente* su conclusión, sino que vele por si dicha conclusión no violaba derechos fundamentales. Únicamente queda comprobar si, en un eventual recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un análisis en concreto de esas dos resoluciones confirmará o desmentirá la impresión de ninguna de las dos ha prestado el amparo debido a la libertad de expresión en el caso concreto.

⁹ Recientemente LASCURAÍN SÁNCHEZ argumenta los motivos por los cuales debería retornarse al canon anterior («Los límites de la libertad de expresión: cinco tesis», en *Almacén de Derecho* 17.10.2021; más en extenso, en «Cinco tesis sobre los límites de la libertad de expresión», aún en prensa en el momento de escribir estas líneas: agradezco al autor su amabilidad al proporcionarme el texto aún inédito). Por la limitación de extensión de este trabajo, no puedo aquí extenderme en el análisis sus interesantes argumentos, que debo dejar para una ulterior ocasión.

La protección del denunciante. El caso Gawlik. Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Directiva Europea 2019/1937 de protección de los denunciantes o whistleblowers sus efectos en los programas de cumplimiento

María Eugenia Escobar Bravo LL.M.
Doctora Docente de Derecho penal y económico
Universidad de Münster, Alemania



I. INTRODUCCIÓN

LA ASPIRACIÓN DE ALCANZAR LA VIGENCIA real de los Derechos del hombre, internacional y constitucionalmente consagrados, constituye la idea básica, el objetivo y límite que transmite el Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre a quienes hemos tenido el gusto de conocerlo. En este homenaje, abordaré el aspecto relacionado con la protección del denunciante, cuestión vinculada a varios aspectos de sus temas de investigación, y que invitan a reflexionar sobre los criterios que se pretenden regular y que deberán estar reflejados en la normativa y jurisprudencia.

En alemán «*die Pfeife blasen*» o en inglés «*To blow the whistle*», significa literalmente en castellano «soplar el silbato» y a primera vista, no tiene ningún valor. El silbato sigue siendo indispensable actualmente en el fútbol, donde el árbitro como autoridad imparcial lo utiliza como medio de comunicación para el orden de los acontecimientos y, por lo tanto, indirectamente para el cumplimiento de los reglamentos y normas legales. Además de este significado indudablemente relevante y positivo de la

denuncia, existe también una asociación bastante negativa en el sentido de silbar¹.

El término chivatazo en castellano no ha sido bien visto, tampoco lo es el lenguaje coloquial alemán la expresión utilizada en el jardín de infantes que dice: «Petzen es estúpido» y por lo general te sientes solo². August Heinrich Hoffmann von Fallersleben la cita se remonta a «*Der größte Lump im ganzen Land, das ist und bleibt der Denunziant*» «El mayor sinvergüenza de todo el país, es y será, el denunciante»³. El término «denuncia de irregularidades o ilegalidades» en el alemán es más bien utilizado negativamente⁴. Los denunciantes son personas que persiguen una actividad despreciada en el área interpersonal. El término alemán «*Hinweisegeber*», en castellano «informante» es menos ofensivo. En caso de duda, un denunciante contribuye a la clarificación o da la alarma; sus acciones son de naturaleza altruista. Por el contrario, la denuncia tiene como objetivo principal las ventajas personales⁵.

La definición propuesta por Transparency Internacional respecto al *Whistleblowing* como denuncia de irregularidades «hace referencia a la alerta emitida por un empleado, director o tercero externo con la intención de revelar una situación de negligencia o abuso en las actividades de una organización, organismo gubernamental o empresa (de uno de sus socios comerciales) que supone una amenaza para el interés público, así como la integridad y prestigio de la organización». Si bien este término en inglés es mayormente positivo, en muchos idiomas no existe un concepto similar con la misma connotación⁶.

En el contexto jurídico europeo con la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2018, relativa a la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión («Propuesta de Directiva»)⁷, la Unión Europea aborda de forma exhaustiva la cuestión de la denuncia de irregularidades⁸. El concepto de denuncia de irregularidades se evita en la propia propuesta de Directiva. Más bien, se utiliza el término «reporting persons» «personas que informan o informantes». Como justificación, un estudio realizado por la

¹ Maume/Haffke ZIP 2016, 199 (201).

² Thüsing/Fütterer/Jänsch RDV 2018, 133 (133).

³ Thüsing/Fütterer/Jänsch RDV 2018, 133 (133).

⁴ Hoffmann von Fallersleben, Politische Gedichte, Sprüche N.º 17, 1843.

⁵ Maume/Haffke ZIP 2016, 199 (199).

⁶ <https://www.transparency.org/en/our-priorities/whistleblowing> (online: agosto 2021).

⁷ Referencia 2018/106 2018/0106 COD.

⁸ Maume/Haffke ZIP 2016, 199 (199).

Comisión UE en el 2017, estimó que la pérdida de ingresos en el mercado interior de entre 5.800 y 9.600 millones de euros al año, que se produce sólo en el ámbito de la contratación pública como consecuencia de la falta o inadecuada protección de los denunciantes. Los estudios de la Comisión que preceden a la propuesta también muestran que el 81% de los europeos entrevistados declararon que no habían comunicado ninguna experiencia u observación de corrupción. El 85% de los encuestados temen las consecuencias jurídicas y financieras⁹.

Los países miembros de la Unión Europea están obligados a transponer la Directiva Europea 2019/1937 relativa a «la protección de personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión» –a partir de ahora: Directiva Europea de Protección de los Denunciantes– pero de hecho para muchos países miembros éste será el primer Reglamento General sobre la denuncia de irregularidades, y por tanto el concepto de «denuncia de infracciones o irregularidades» todavía no se ha concretado a nivel europeo. La denuncia de infracciones principalmente de interés público, sirve indirectamente para cumplir con las disposiciones legales, normas y estándares. La ley pretende aunar esfuerzos a nivel europeo para respaldar a las personas físicas que informen sobre corrupción, discriminación o cualquier otro tipo de irregularidad que observen en el curso de sus actividades profesionales. En España y Alemania, aún está pendiente la transposición de gran parte de la Directiva 2019/1937, por este motivo los denunciantes carecen de suficientes mecanismos de protección. Los Estados miembros de la Unión Europea deben incorporar la Directiva Europea de Protección de los denunciantes a sus legislaciones nacionales antes del 17 de diciembre de 2021¹⁰.

En el contexto mundial, la denuncia de irregularidades internas se percibe de forma más positiva, especialmente en los EE.UU., y se da por sentada, lo que ya ha dado lugar a conflictos entre sistemas jurídicos. Ha ido ganando importancia en los últimos años a raíz de la digitalización global y de la complejidad cada vez más opaca de los procesos económicos y administrativos internos desde el exterior.

⁹ Dzida/Granetzny: Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, NZA 2020, 1201.

¹⁰ RL 2019/1937/UE del 23 de octubre de 2019, zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo adoptó y presentó modificaciones de la propuesta de la Directiva. Estas enmiendas han reducido considerablemente los principales obstáculos para los denunciantes. www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2018/11-19/Votinglist_ProtectionofpersonsreportingonbreachesofUnionlaw_EN.pdf (online: agosto 2021).

Esta Directiva, tiene su antecedente histórico a raíz de la denuncia de irregularidades tras el escándalo del Caso de Cambridge Analytica¹¹ y Luxleaks de 2014¹², este último caso se refiere a un expleado de PricewaterhouseCoopers que antes fue condenado en Luxemburgo por filtrar una gran cantidad de documentos que revelaban exenciones fiscales para empresas multinacionales. La nueva Ley protege a los denunciantes de represalias, además de crear canales seguros para permitirles denunciar violaciones de la legislación de la Unión Europea. Esta ley protege a los denunciantes contra el despido, la degradación y otras formas de castigo. A partir de esta ley, se debe capacitar a los funcionarios sobre cómo tratar los hechos relacionados con denuncias. Han sido demasiadas veces las que los trabajadores o empleados permanecen en silencio por temor a represalias, el potenciamiento de la cultura ética corporativa, es potenciar este mecanismo. Podría ser una palanca estratégica para proteger real y efectivamente al denunciante.

En este sentido, la sentencia del TEDH en el caso Gawlik contra Liechtenstein que aquí se comenta está en consonancia con un número cada vez mayor de decisiones relevantes del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, sobre el tema de denuncia de irregularidades, muchas de las cuales ya han dejado huellas duraderas en el desarrollo del derecho europeo. Por esta razón, el análisis de dicha sentencia y sus principales argumentos merecen una atención especial desde el punto de vista de la práctica jurídica y la política legal.

II. PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE. ANTECEDENTES DE LA SITUACIÓN JURÍDICA EN ALEMANIA

El nivel de protección en la Unión Europea varía de un Estado miembro a otro. Los denunciantes están sujetos a un mosaico de normas. Sin embargo, en algunos países no existen normas para proteger al denunciante.

En Alemania, la gestión de denuncias de infracciones está incluida en el ámbito de la libertad de expresión subsumido en el art. 5, apartado 1 *Grundgesetz* (Ley Federal Alemana)¹³. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su Sentencia «*Caso Heinisch contra Alemania*», de 21

¹¹ Forgó/Helfrich/Schneider, *Betrieblicher Datenschutz*, Kapitel 5. *Cyberwar und Datenschutz*, 3. Auflage 2019, Rn. 41-45.

¹² Gerdemann, *RdA* 2019, 16.

¹³ Artículo 5 ap. *Grundgesetz*, Ley Federal Alemana: [Libertad de opinión, de los medios de comunicación, artística y científica] (1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la

de julio de 2011, que se basa en el caso de Sra. Heinisch, una enfermera de la tercera edad, que fue despedida, y que el TEDH se pronunció que la misma había presentado denuncias penales contra su empleador para llamar la atención sobre los agravios¹⁴. Por tanto, se debe tener en cuenta adecuadamente la libertad de expresión del trabajador al valorar la legalidad de la conducta, según el art. 10 CEDH y el derecho del empleado a la libertad de expresión de conformidad con el artículo 3, apartado 2, del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas¹⁵. En el caso en cuestión, Heinisch, una enfermera de un geriátrico en Berlín, había denunciado a su empleador por fraude. Alegó que tenía muy poco personal y que, por lo tanto, no podía atender a los residentes de una residencia de ancianos como se había acordado. Los tribunales laborales implicados confirmaron el despido. Sin embargo, el TEDH consideró que la libertad de expresión de la empleada había sido violada por estas sentencias y le concedió una indemnización. Además agregó, que según el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Estado también está obligado a proteger este derecho en las relaciones entre particulares¹⁶. Las medidas de seguimiento por parte del Estado, como las decisiones de los tribunales laborales o los procedimientos penales, están sujetas al principio de proporcionalidad.

III. EL CASO GAWLIK. LOS HECHOS Y EL PROCESO

El 16 de febrero de 2021, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos publicó su sentencia en el caso «*Gawlik contra Liechtenstein*»¹⁷. En esta sentencia el TEDH se refiere a una denuncia penal que acusa a un médico jefe de practicar eutanasia activa en un hospital del Principado de Liechtenstein¹⁸.

El denunciante, el doctor Lothar Gawlik de nacionalidad alemana, fue contratado como médico jefe adjunto en el Hospital Nacional de Liechtenstein en el año 2014. En el momento de los hechos, era el médico

libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida.

¹⁴ Cfr. TEDH Caso Heinisch vs. Alemania. N.º 28174/08. Sentencia del 21 de julio de 2011, párr. 90.

¹⁵ EGMR NJW 2011, 3501 – Heinisch/Deutschland.

¹⁶ Cfr. TEDH Caso Heinisch vs. Alemania. N.º 28174/08. Sentencia del 21 de julio de 2011, párr. 91.

¹⁷ Application n.º 23922/19.

¹⁸ Cfr. EGMR (II Sektion), Sentencia del 16 de febrero de 2021-23922/19 (*Gawlik vs. Liechtenstein*); EGMR: Kündigung eines Arztes wegen Vorwürfen gegen Chefartz – Whistleblowing, NJW 2021, 2344.

jefe adjunto del Departamento de Medicina del Hospital Nacional de Liechtenstein. El Dr. Gawlik en setiembre de 2014, después de que un colega le llamara la atención sobre un importante exceso de mortalidad entre pacientes, descubrió que en pocos días habían fallecido cuatro pacientes en la clínica, que sólo tenía 34 camas. El Dr. Gawlik, tras revisar los expedientes electrónicos de los cuatro pacientes fallecidos, observa que los mismos habían fallecido tras la administración de una alta dosis de inyecciones de morfina. Todos ellos habían sido tratados por su superior directo, el médico jefe de la clínica. Por tanto, había empezado a sospechar, basándose en la información del sistema de expedientes electrónicos de pacientes del hospital, que el médico jefe y su superior estaban practicando eutanasia activa a los pacientes, una práctica prohibida en el Principado de Liechtenstein. Estas informaciones adicionales contenidas en el expediente electrónico de los pacientes reforzaron la sospecha del Dr. Gawlik de que su superior había colaborado activamente en la muerte de estos pacientes.

Ese mismo día, se reunió directamente con el presidente del Comité de Auditoría del Parlamento del Liechtenstein, que le había solicitado una reunión por los déficits de calidad del hospital estatal. En dicha reunión le reveló sus sospechas, por lo que el presidente le aconsejó que presentara cargos y, dos días después, el 11 de setiembre de 2014 denunció sus sospechas a la fiscalía. El recurrente fue suspendido de su cargo en 2014, a los pocos días de iniciarse la investigación¹⁹.

El Dr. Gawlik confiscó las carpetas que contenían los expedientes de los cuatro pacientes fallecidos el 18 de setiembre de 2014. El 19 de setiembre de 2014, después de investigar los expedientes electrónicos de otros pacientes de la clínica y quienes habían fallecido el día anterior, denunció a la fiscalía la misma sospecha respecto a otros seis pacientes y fue interrogado inmediatamente.

En ese momento, ya el hospital mantenía un Sistema de Notificación de Incidentes Críticos (CIRS) –Critical Incident Reporting System– en el que se podían presentar informes de forma anónima a través de una plataforma electrónica a un plantel de tres personas. Sin embargo, el médico, en ese momento decidió:

- No hacer uso del sistema de denuncias (whistleblowing) existente en el hospital y
- No verificar sus sospechas, por ejemplo, comprobando las historias clínicas en el papel que conserva el hospital;

¹⁹ Cfr. EGMR: Kündigung eines Arztes wegen Vorwürfen gegen Chefartz – Whistleblowing, NJW 2021, 2344; Häußinger, EuZA 2021, 368.

Paralelamente, el vicepresidente de la Fundación del Hospital informó al Patronato los días 19, 22 y 24 de setiembre de 2014. Luego de revisar los expedientes de pacientes análogos e interrogar al médico jefe, los miembros de la Asamblea llegaron a la conclusión de que la sospecha de Gawlik era infundada y que en todo caso el mismo hubiera llegado a la conclusión de que no hubo eutanasia activa, si primero hubiera revisado otros registros análogos²⁰.

El hospital pidió a un experto médico externo que examinara el asunto y este concluyó que había que excluir la práctica de eutanasia activa en los 10 pacientes indicados. El 17 de octubre de 2014, el hospital despidió sin previo aviso al Dr. Gawlik. Entre otras cosas porque consideró que el Dr. Gawlik no había informado a los órganos internos siguiendo los procedimientos internos de reclamación del hospital, sino que manifestó directamente sus sospechas al presidente de la Comisión de Control del Parlamento de Lichtenstein y a la Fiscalía²¹.

El demandante impugnó el despido ante todas las instancias de los tribunales de Liechtenstein, alegando su libertad de expresión y solicitó la indemnización por la pérdida de salario y daños y perjuicios, tanto pecuniarios como no pecuniarios. En agosto de 2017, el Landgericht o Tribunal Superior de justicia del Principado de Liechtenstein desestimó las pretensiones de Gawlik por considerar que no había tomado ninguna medida para verificar sus gravísimas sospechas y que, de hecho, había implicado a terceras personas (el presidente de la Comisión y la Policía) desde el principio. Su conducta dañó gravemente la relación de confianza con el hospital—su empleador— y, por tanto, su despido estaba ciertamente justificado. Sin embargo, quedó pendiente la cuestión de si Gawlik debería haber informado primero de sus sospechas de forma interna antes de revelarlas externamente. El Tribunal Supremo del Principado anuló la decisión del Landgericht en enero de 2018, y ordenó al hospital que pagara al demandante 125.000 CHF (Francos suizos) en concepto de salarios atrasados y devolvió el resto del caso al Tribunal (Landgericht) para que se pronunciara sobre las demás reclamaciones del demandante por daños y perjuicios. El Tribunal Constitucional del Principado desestimó por infundado el recurso de inconstitucionalidad del demandante del 3 de setiembre de 2018²².

El Dr. Gawlik acudió entonces al TEDH, alegando que su despido—derivado de la denuncia penal— constituía una injerencia en el derecho a la

²⁰ Cfr. EGMR: Kündigung eines Artzes wegen Vorwürfen gegen Chefartz – Whistleblowing, NJW 2021, 2344.

²¹ EGMR ECHR 2008 Nr. 95 = BeckRS 2011, 77277 (en inglés).

²² Gerdemann, Nachforschungsobliegenheiten für Whistleblower, NJW 2021, 2324.

libertad de expresión consagrado en el artículo 10 CEDH²³. El Tribunal no pudo constatar la violación debido al sobreseimiento sumario.

En la sentencia del TEDH publicada el 16 de febrero de 2021, desestimó la demanda del Dr. Gawlik alegando que las acusaciones administrativas contra colegas y empleadores sólo están justificadas si las denuncias lo están. La misma abordó cuestiones en las que un denunciante puede revelar a las autoridades estatales de investigación la sospecha de un delito cometido por su superior.

IV. EL CONTENIDO DEL FALLO. NO HAY VIOLACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Sobre la base de los criterios anteriores y su aplicación en el caso *Gawlik vs. Liechtenstein*, el TEDH concluyó que no se había producido una violación al derecho a la libertad de expresión del demandante. El TEDH consideró que, aunque el recurrente había actuado de buena fe, ni siquiera intentó verificar la veracidad de sus graves sospechas y, en cambio, decidió revelarlas a otras personas. Por último, el TEDH consideró la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del recurrente era lícita y proporcionada y que, por tanto, no se había infringido el art. 10 CEDH.

La sentencia hace referencia a la jurisprudencia anterior del TEDH sobre el artículo 10 CEDH, en particular la decisión *Guja/Moldova* sobre la denuncia de infracciones. En el marco de esta decisión, la Gran Sala del TEDH había desarrollado en 2008 seis criterios de interpretación según los cuales se mide la protección del denunciante en virtud del art. 10 CEDH y que serán los establecidos en la sentencia del caso *Gawlik*²⁴.

V. LOS LÍMITES ESTABLECIDOS ANTE LA DENUNCIA DE INFRACCIONES

El TEDH en su sentencia establece límites estrictos de denuncia de irregularidades, habiendo considerado que el despido laboral no violaba el

²³ Art. 10 Libertad de Expresión, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos: 1. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda hacer injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Este artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

²⁴ EGMR Sentencia del 12 de febrero de 2008 – 14277/04, BeckRS 2011, 77277, 73 (version en inglés) – *Guja/Moldawien*.

derecho a la libertad de expresión, el TEDH pasa a analizar la cuestión crucial para la denuncia de irregularidades de si esa restricción del derecho de libertad de expresión habría estado justificada y cuándo²⁵. Para ello menciona tres razones:

1. La restricción de la libertad de expresión está prescrita por la ley.
2. La restricción persigue un objetivo legítimo (art. 10, apartado 2, del CEDH).
3. La restricción es necesaria para lograr este objetivo en una sociedad democrática.

En su decisión de sopesar si la restricción de la libertad de expresión es necesaria para alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática, el TEDH incluye los siguientes criterios sobre la protección de denunciantes:

1. El interés público de la información divulgada;
2. La autenticidad de la información divulgada;
3. El perjuicio sufrido por el empresario como consecuencia de la divulgación de la información;
4. El hecho de que la publicación de la información sea el último recurso disponible;
5. La motivación del denunciante;
6. La gravedad de la sanción impuesta al denunciante.

Por tanto, brevemente algunos comentarios respecto a cada uno de estos puntos:

1. *El interés público de la información divulgada*

El caso establece que las sospechas de eutanasia activa practicada repetidamente, así como el riesgo de que estos delitos puedan repetirse, deben considerarse de gran interés público.

²⁵ Ibel, EGMR: Sorgfaltspflichten von Whistleblowern, MMR-Aktuell 2021, 438954.

2. *La autenticidad de la información divulgada*

Este caso delimita que la libertad de expresión está vinculada a ciertos deberes y responsabilidades: toda persona que desee transmitir información debe comprobar que ésta es exacta y fiable, en la medida en que las circunstancias lo permitan.

Hace hincapié en los principios ya establecidos en la decisión del caso *Heinisch* (Asunto 28174/08) sobre el deber de lealtad en el contexto de una relación laboral. Esto vincula la libertad de expresión con ciertos deberes y responsabilidades: Toda persona que desee transmitir información debe comprobar que ésta es exacta y fiable, en la medida en que las circunstancias lo permitan. Esto se aplica en particular cuando, como en el presente caso, el denunciante está obligado a la confidencialidad y a la lealtad hacia el empleador²⁶.

La sentencia menciona que la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades y que cualquiera que decida divulgar una información debe verificar cuidadosamente, en la medida de lo posible, la exactitud y fiabilidad de la misma.

En este caso, el demandante no cumplió con estas obligaciones. Y, aunque era consciente de que el sistema electrónico del hospital no contenía los historiales clínicos completos, ni siquiera intentó verificar la veracidad de sus sospechas. Debería haber verificado la información que pudo extraer del expediente electrónico del paciente sobre la base del expediente en papel, que –como sabía– contenía más información sobre el estado de salud del paciente. De este modo, habría podido determinar inmediatamente y sin dificultad que su sospecha de eutanasia activa era infundada. Cómo médico jefe adjunto, también habría tenido fácil acceso a los expedientes en papel en cualquier momento para verificar sospechas. Entre otras consideraciones, el TEDH considera que el despido sumario es una injerencia proporcionada en el derecho a la libertad de expresión²⁷.

3. *Los daños causados al empresario*

El TEDH reconoce la importancia del interés público del caso concreto; pero, por otra parte, se refiere a los daños causados al empresario como consecuencia de la divulgación de la información sospechosa. Es decir, el

²⁶ EGMR (V. Sektion) NJW 2011, 3501 – *Heinisch/Deutschland*.

²⁷ EGMR (V. Sektion) NJW 2011, 3504 – *Heinisch/Deutschland*.

demandante no verificó en absoluto sus sospechas y la interferencia con su antiguo empleador y sus derechos fueron por tanto, desproporcionados.

4. *La existencia y uso de canales alternativos de denuncia de irregularidades (whistleblowing)*

La existencia y el uso prioritario de los canales internos de denuncia es un criterio muy interesante desde el punto de vista del proceso de denuncia²⁸. Por lo tanto, es necesario evaluar si el denunciante se ha dirigido a su superior con sospechas de actividades ilegales, o ha informado a su empleador por otros medios. Obviamente, este criterio no se aplica si el denunciante tiene fuertes indicios de que la irregularidad se cometió con el conocimiento, o peor aún, bajo la dirección de la organización²⁹.

En este caso, el denunciante sospechaba de que su superior realizaba actividades ilegales, por lo que es bastante comprensible que quisiera informarle de la sospecha. Por otro lado, se estableció un canal de denuncias interno operado por el hospital para recibir las denuncias incluso de forma anónima. El demandante no utilizó el canal oficial, ni informó a los altos directivos de la dirección del hospital.

El Tribunal reitera que, en general, es aconsejable utilizar primero el canal de denuncia interno o comunicar las sospechas directamente a los altos directivos de la dirección del hospital. Sin embargo, no se aclaró que se hubiera informado adecuadamente a los empleados sobre el uso de canales internos de denuncia de irregularidades y la posibilidad existente de presentar informes anónimos. Por ello, el TEDH no valoró este punto y dejó que los Tribunales nacionales se pronuncien al respecto.

5. *La motivación del denunciante*

Para decidir si las acciones del denunciante gozan de protección, es importante considerar cuál es la motivación del denunciante. La sentencia recuerda la posibilidad de la venganza personal, o por el contrario, la búsqueda de ventajas personales por la publicación de la noticia como ejemplos de conductas que no gozan de ningún tipo de protección jurídica. En

²⁸ Dilling, Der Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz – Steine statt Brot für Whistleblower und betroffene Personen, CCZ 2021, 60.

²⁹ Gerdemann, Nachforschungsobliegenheiten für Whistleblower, NJW 2021, 2324, (2326).

principio, sólo la acción (de denuncia) llevada a cabo de buena fe debería beneficiarse de la protección legal.

En cuanto a la motivación del recurrente, el TEDH consideró que ni el procedimiento judicial interno, ni el procedimiento del TEDH habían encontrado circunstancias que pudieran indicar una motivación personal.

6. *La gravedad de la sanción impuesta al denunciante*

La severidad de la sanción impuesta al denunciante es también un aspecto importante. El despido del demandante en virtud de la legislación laboral es, según el TEDH, la sanción más grave posible. En este caso concreto, la sanción hizo que el demandante y su familia abandonaran Liechtenstein, ya que un extranjero sin trabajo pierde automáticamente su permiso de residencia.

VI. LAS CONSECUENCIAS PARA EL DENUNCIANTE

Hay que tener en cuenta que la sospecha que revela el denunciante puede resultar infundada en el curso de una investigación penal. Por otra parte, si un empleado expresa su sospecha de delito por parte del empleador o de un colega, puede verse gravemente afectado por un posible despido o la reclamación de daños y perjuicios.

Los requisitos señalados por el TEDH son de alto nivel de exigencia, y esto tiene un impacto significativo en la voluntad de los empleados de denunciar conductas delictivas de sus colegas o de su empleador. Es probable que esto perjudique gravemente la denuncia de infracciones o incluso la haga imposible. Ello implica un retroceso, debido a que las pistas procedentes del interior de una empresa son de especial relevancia para las autoridades investigadoras, ya que los empleados suelen ser los primeros en darse cuenta de una posible mala conducta.

VII. EL IMPACTO DE LA SENTENCIA DEL CASO GAWLIK EN LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA UE SOBRE DENUNCIA DE INFRACCIONES Y PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

Es probable que el impacto de la sentencia del caso Gawlik en el desarrollo posterior de la jurisprudencia del TEDH y de los tribunales alemanes sea limitado, o al menos, limitable, la tesis central conduce a la necesidad

inmediata de actuar con respecto a la Directiva 2019/1937. La Directiva sobre denuncia de infracciones o irregularidades no contiene ninguna obligación explícita de investigar, cuyo (incumplimiento) repercute en la protección de denunciantes³⁰. Sin embargo, abre cierto margen de interpretación al respecto. Por ejemplo, el art. 6 exige que el denunciante haya tenido «motivos suficientes para creer» que se ha producido una violación para tener derecho a la protección de la Directiva. Según la exposición de motivos, este requisito sirve principalmente contra la salvaguardia de las «denuncias maliciosas o abusivas» y, por tanto, sigue el principio subjetivo de buena fe. Por otra parte, la Directiva también se basa explícitamente en la jurisprudencia del TEDH en materia de denuncia de infracciones para su justificación, por lo que, en principio, nada impide que se prefieran decisiones posteriores, como la sentencia Gawlik, para la concreción de las disposiciones de la Directiva³¹.

Teniendo en cuenta que el artículo 21 III concede la protección de los denunciantes (por primera vez) incluso si realizan sus propias investigaciones antes de denunciar o revelar información y, por tanto, infringen la legislación nacional, no parece descabellado que se les obligue a realizar ciertas investigaciones a cambio, con el fin de convertir una sospecha inicial, posiblemente vaga, en un motivo «suficiente» en el sentido de la Directiva. La adopción de un elemento no escrito de las obligaciones de investigación previa sería difícilmente compatible con el objetivo declarado por la Directiva de conceder a los denunciantes un nivel de protección uniforme y jurídicamente seguro, aunque incluso la sentencia del caso Gawlik reconoce en principio que una obligación de realizar investigaciones preliminares (cuyo alcance difícilmente puede determinarse *ex ante*) por cuenta y riesgos propios va necesariamente acompañada de notables efectos disuasorios a costa de los potenciales denunciantes. Sin embargo, si se quiere evitar que una ley de aplicación poco clara a este respecto dé lugar a disputas de interpretación que requieran mucho tiempo y recursos, en cualquier caso no podrá evitar adoptar una posición clara sobre el problema de las obligaciones de investigar relacionadas a la denuncia de infracciones tras esta sentencia³².

³⁰ TEDH menciona la obligación («duty») relacionada a la terminología del derecho alemán de *Obliegenheit* en el sentido de los requisitos necesarios en relación externa del denunciante o *Whistleblowing*.

³¹ EGMR NJW 2021, 2343, Rn. 74.

³² Gerdemann, *Nachforschungsobliegenheiten für Whistleblower*, NJW 2021, 2324, (2327).

VIII. CONCLUSIÓN

La sentencia del TEDH en el caso Gawlik contra Liechtenstein es una pieza importante en el desarrollo del cada vez más controvertido problema jurídico de la denuncia de infracciones o irregularidades. El argumento central del Tribunal, a saber, el principio de la existencia de obligaciones personales de investigación de denunciante cuando comunican una sospecha de buena fe de un delito penal a las autoridades de investigación competentes, no es del todo convincente. Sin embargo, no hay que subestimar la importancia de la decisión para el futuro desarrollo de la ley, especialmente para la aplicación de la Directiva Europea 2019/1937 de Protección de los denunciantes. De esta forma, como bien diría el Prof. Ignacio Berdugo, estas reflexiones son el punto de partida y quedan abiertas en lo «dirán mañana».

La elocuencia de Harpócrates: ensayo sobre el silencio en el Derecho

Rodrigo Fuziger*



I. PRELUDIO: ALGUNAS PALAVRAS AL PROFESOR IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

EL FILÓSOFO GRIEGO ANTÍSTENES, discípulo de Gordias y Sócrates, afirmó que la gratitud es la memoria del corazón. Y es con esta frase en mente que tengo el honor de escribir algunas líneas en el *Liber Amicorum* del profesor Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Sin embargo, más que un homenaje, escribo inspirado en la perenne tarea de agradecer al Maestro Ignacio por su importancia en mi trayectoria intelectual, académica y en mi propia biografía.

Es cierto que mi formación tuvo lugar en una especie de «matriarcado académico», con mi maestría y doctorado en la Universidad de São Paulo, bajo la dirección de la Profesora Ana Elisa Bechara y mi doctorado en la Universidad de Salamanca, bajo la dirección de la Profesora Ana Isabel Pérez Cepeda. Esta circunstancia me enorgullece, especialmente en una sociedad en la que aún estamos lejos de lograr una equidad de género justa y necesaria en los entornos de la producción y difusión del conocimiento.

Pero, en una alegoría freudiana, también me enorgullece considerar al Profesor Ignacio como un «padre académico», que sirvió, sirve y servirá de espejo e inspiración y me proporcionó lecciones y oportunidades que marcaron puntos de inflexión en mi trayectoria.

* Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global (Universidad de Salamanca); doctor, maestro y licenciado en Derecho (Universidade de São Paulo); licenciado en Filosofía (Universidad de São Paulo). profesor del programa de postgrado de la Universidade Presbiteriana Mackenzie y de la Escola Superior de Direito-ESD.

Es cierto que una propuesta de ensayo sobre el silencio suena paradójica en un contexto en que tengo tanto que agradecer. Pero, es cierto que el silencio fue mi valioso compañero, por ejemplo, en tantas ocasiones en que viví en Salamanca y escuché con atención al Profesor Ignacio hablar de personas y lugares que yo conocía de los libros, siempre con el ingenio de un alma cosmopolita y una mente erudita.

De él escuché que un gran penalista debe buscar constante perfeccionamiento en Derecho Constitucional, Filosofía e Historia. Convertirse en un gran penalista es quizás una utopía, pero, como dijo Fernando Birri, la utopía sirve para caminar. Así que nunca he olvidado la lección, que sirve de guía para mi camino.

Finalmente, agradezco al Profesor Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, desde mi condición de brasileño. Muy pocos de mis compatriotas tuvieron la dedicación que el profesor Ignacio ofreció a Brasil.

En nombre de todos los brasileños, es mi deber y alegría agradecer las iniciativas para acercar Brasil y España, la concretización del mi amado CEB/USAL (Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Salamanca) y también, ya refiriéndome al tema de mi ensayo, por contribuir para romper el silencio y hacer eco al otro lado del Atlántico, cuanto a temas como el período dictatorial brasileño y nuestra justicia transicional, cuestiones de nuestro derecho penal ambiental y tantos otros temas de derechos humanos, dogmática y política criminal brasileña.

II. INTRODUCCIÓN: BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DEL SILENCIO

*«Soy tan partidario de la disciplina del silencio,
que podría hablar horas enteras sobre ella»*

George Bernard Shaw

El título de este ensayo se refiere a Harpócrates, una deidad romana, adorada en Alejandría, en la época del dominio romano sobre Egipto. La génesis del culto a Harpócrates ocurrió en el Egipto durante la era ptolemaica 303 a. C. a 30 a. C.

Harpócrates, el dios del silencio en la mitología romana surgió del sincretismo religioso entre los egipcios y los romanos, quienes, curiosamente, se apropiaron indebidamente de la representación de la figura infantil del dios Horus (*Har-pa-khered* significa «Horus, el niño»), atribuyéndole un nuevo significado¹.

¹ La figura infantil del dios Horus estaba representada en el antiguo Egipto por un niño con el dedo índice pegado al labio, simbolizando el hábito infantil de chuparse

En el ámbito del Derecho, poco se dice sobre el «no decir», sus significados y implicaciones jurídicas, dado que el tema del silencio en el derecho, aunque de gran relevancia, no es particularmente prominente como objeto de investigaciones académicas.

El objetivo de este ensayo es precisamente contribuir al acto de «desamordazar» el tema del silencio en el Derecho, especialmente en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, desde un enfoque interdisciplinario, cimentado en el prisma de la antropología jurídica.

Para ejemplificar algunos de los posibles y plurales significados del silencio en el Derecho, utilizaré ejemplos de la legislación brasileña, ya que, además de mi nación, es un país con gran influencia del pensamiento de nuestro homenajeado Maestro.

Luís Roberto Cardoso de Oliveira señala que uno de los rasgos comunes entre Derecho y Antropología es la crítica de las interpretaciones arbitrarias, sea en la parcialidad de las decisiones o en el etnocentrismo de las lecturas culturales².

En este punto de convergencia respecto a la arbitrariedad, el silencio tiene un protagonismo inequívoco, ya que es un vector privilegiado de la arbitrariedad, dado que silenciar es no fundamentar³ o, a lo mejor, permitir interpretaciones tácitas en cuanto a las razones e intenciones de las decisiones.

La aproximación entre silencio y Derecho surge de la observación de que varias normas legales mencionan el silencio, con un número elevado incluso en el estricto ámbito del Derecho Penal y Proceso Penal. En tales menciones jurídicas del silencio, se le atribuyen significados distintos y a menudo antagónicos.

La pluralidad de significados culturales y jurídicos del silencio contrasta con su perspectiva física. Es decir, de hecho, el silencio visto como la ausencia de cualquier tipo de manifestación aprensible por los sentidos es siempre el mismo. El silencio sería un «no-ser» desde una mirada naturalística y bajo una perspectiva ontológica, o, incluso, una «nada fenoménica». Por otro lado, su contrario, el «ser» (como algún tipo de

el dedo. Los romanos erróneamente usaron la misma representación y la interpretaron con el significado del gesto de silencio, que todavía se usa en las sociedades occidentales. Cf. LAVEDAN, P. (1931) *Dictionnaire illustré de la mythologie et des antiquités grecques et romaines*. Paris: Hachette, p. 495.

² OLIVEIRA, L. R. C. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. In: *Revista de Antropologia*, n.º 53, Dossiê Antropologia do Direito, 2010, p. 454.

³ Sin embargo, el silencio no es un vector exclusivo, ya que la prolijidad de una sentencia puede sostener y camuflar deliberadamente decisiones totalmente arbitrarias.

manifestación sensorialmente aprehensible) puede darse en las más diversas formas comunicativas (sonidos, imágenes, toques etcétera).

Por tanto, el silencio se analiza aquí bajo un espectro amplificado, más allá de la simple ausencia de sonidos. En este sentido, por ejemplo, el lenguaje corporal es capaz de romper el silencio, ya que es eficaz para comunicar, o sea, expresar mensajes, intenciones, sentimientos. Así, para el Derecho, silenciar no es sinónimo de callar (no emitir sonidos), sino de no expresarse de ninguna manera que los sentidos puedan percibir.

Ante este panorama, surge la hipótesis que guiará este ensayo: el silencio, como un mismo fenómeno físico (o un «antifenómeno», una «nada fenoménica»), adquiere una pluralidad de significados en el Derecho. Por tanto, entender la dinámica del silencio en Derecho corresponde a comprender la elocuencia de Harpócrates, es decir, sus significados, así como las estructuras de poder que determinan el silencio y la comunicación en el ámbito jurídico.

El silencio se utiliza de diferentes formas y con diferentes propósitos, lo que es posible debido a su versatilidad y potencial. En definitiva, el silencio (como nada y, por tanto, una pizarra en blanco absolutamente abierta a posibilidades) puede convertirse en todo, según intenciones e interpretaciones. Así, el silencio es menos un «es» y mucho más un «devenir», ya que es un vector privilegiado (dada su generalidad) de interpretaciones plurales⁴.

En este sentido, «nada es tan vulnerable como el silencio»⁵. La expresión «romper el silencio»⁶ está en consonancia con la observación de esta fragilidad inherente del silencio. Este es un terreno fértil de posibilidades, ampliamente interpretable y siempre a un momento del ser, como un mero intervalo del acto de expresarse activamente⁷.

Si, por un lado, el silencio tiene la vulnerabilidad en su inmanencia, por otro, el Derecho se apropia de sus posibilidades, convirtiéndolo en un instrumento robusto de legitimación de las decisiones judiciales y un parámetro (positivo o negativo) para que se obtenga el etéreo concepto justicia en el caso concreto.

⁴ Sobre el tema, desde una mirada semiótica, véase: MOURÃO, J. A. Os rostos do silêncio: para uma semiótica do silêncio. In: *didaskalia*, v. 39, n. 1, 2009, pp. 113-125.

⁵ LE BRETON, D. Anthropologie du silence. In: *Théologiques*, vol. 7, n.º 2, 1999, p. 23.

⁶ Hay equivalentes en otros idiomas, por ejemplo: «break the silence» en inglés, «briser le silence» en francés y «quebrar o silêncio», en portugués son expresiones que connotan la misma idea.

⁷ El asombro que provoca en el público la pieza musical «4:33» del compositor norteamericano John CAGE ejemplifica la privilegiada capacidad del silencio para romper expectativas, causar perplejidad y servir de terreno fértil para las interpretaciones.

Más que eso, hay un sentido metafórico del silencio, desde las reflexiones de los juristas, que corresponde a elecciones deliberadas de no mirar ciertos asuntos y no dar voz a ciertos temas relevantes para el Derecho (y en especial para el Derecho Penal). Muchos de estos temas son silenciados por relaciones de poder y de mantenimiento del *status quo*. En tal panorama, la reflexión y la crítica se convierten en elementos fundamentales en la contención de formas de opresión que, no pocas veces, amordazan a los oprimidos, incluso con el uso del sistema criminal.

Buscaremos evidenciar la variabilidad de significados en la apropiación del uso del silencio por el Derecho a partir de tres ejemplos. El primero de ellos, intencionadamente más largo que los demás, servirá como punto de partida para demostrar la hipótesis de este ensayo, abordando el silencio como una imposición a los jurados.

III. SILENCIO Y DECISIÓN: LA INCOMUNICABILIDAD DE LOS JURADOS EN EL TRIBUNAL DE JURADO

La Constitución Federal Brasileña de 1988 mantuvo el sistema del Tribunal de Jurado ya previsto en la Constitución de 1946, como una institución que está garantizada como derecho fundamental, con *status* de cláusula pétrea (cláusula de intangibilidad)⁸.

Entre los atributos garantizados constitucionalmente al Tribunal de Jurado, no se incluye la incomunicabilidad⁹. Es en el Código Procesal Penal brasileño, de 1941, que se prevé la incomunicabilidad, más específicamente en el Art. 466, §1 y §2, párrafos que tratan del deber de silencio de los jurados¹⁰.

Algunos juristas entienden que la incomunicabilidad es una consecuencia lógica del secreto del voto (garantizado constitucionalmente), y no puede ser removido del sistema legal sin violar el artículo 5.º de la Constitución Federal (con cláusula de intangibilidad). En este sentido,

⁸ Constitución Federal de Brasil, artículo 5, XXXVIII: Se reconoce la institución del Tribunal del Jurado, con la organización que le confiere la ley, asegurando: a) la plenitud de la defensa; b) confidencialidad de los votos; c) la soberanía de los veredictos; d) la competencia para juzgar delitos contra la vida.

⁹ A diferencia de España, en que ocurren debates (aunque secretos), votación nominal y en voz alta (Arts. 55 y 58 de la Ley Orgánica 5/95).

¹⁰ Código Procesal Penal (Brasil), «Art. 466. §1.º El juez presidente también advertirá a los miembros del jurado que, una vez elegidos, no podrán comunicarse entre sí y con otros, ni expresar su opinión sobre el proceso, bajo pena de exclusión del Tribunal del Jurado y multa, (...); §2.º La incomunicabilidad será certificada en los registros por el oficial de justicia.

Márcio Schlee Gomes afirma que «la adopción del sistema basado en el secreto del voto se justifica en la búsqueda del voto libre e independiente de los jurados, ajenos a presiones y fuerzas externas»¹¹.

Sin embargo, no parece correcto entender la incomunicabilidad como un presupuesto de una decisión confidencial. Es decir, debatir el proceso no significa necesariamente revelar cómo votará el jurado. Es cierto que desde el momento en que se elabora el jurado para componer el «Conselho de sentença»¹², el Código Procesal Penal brasileño establece que el jurado permanece incomunicable.

Por tanto, en el Tribunal de Jurados brasileño, la ley impone la obligación de silencio («silencio-obligación») a los jurados.

El «silencio-obligación» es una de las formas en que el Derecho brasileño se apropia y utiliza la ausencia de comunicación. Desde el punto de vista antropológico, antes de simplemente señalar ejemplos de diferentes usos del silencio por parte del Derecho, cabe preguntarse qué razones sustentan que el silencio deliberativo de los jurados es algo beneficioso para el buen funcionamiento y eficacia del Tribunal de Jurado.

Así, en breves líneas, se intentará comprender y establecer un juicio de valor sobre el instituto de la incomunicabilidad. Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer aplica la noción de «evitación» a la incomunicabilidad del jurado. Las personas, en el ambiente del Tribunal del Jurado, evitan realizar determinadas acciones, circular en determinados espacios, tocar algunos objetos y contactar con otras personas, aumentando así la significación de la ocasión y reforzándola como especial o sagrada. El requisito de que los jurados permanezcan incomunicados sería el ejemplo más claro de una serie de conductas controladas por códigos de «evitación»¹³.

Desde la perspectiva de los rituales del Tribunal del Jurado, la incomunicabilidad derivada de un «código de evitación» posiblemente se deba al intento de legitimar la imparcialidad del jurado basada en el silencio.

Si los jueces técnicos están condicionados a mostrar imparcialidad en las decisiones por medio de la fundamentación de las sentencias, tal requisito es impracticable para los ciudadanos que integran el Tribunal de Jurados, dado que no están «capacitados» (no tienen necesariamente

¹¹ GOMES, M. S. Sigilo das votações e incomunicabilidade: garantias constitucionais do Júri brasileiro. In: *Revista do MP-RS*, n.º 67, 2010, p. 44.

¹² El grupo de siete jurados que decidirán el caso.

¹³ SCHRITZMEYER, A. L. P. (2001). *Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado*. Tesis de doctorado en Antropología Social– FFLCH-USP, São Paulo.

formación jurídica, como los jueces técnicos)¹⁴. Además, debido al silencio obligatorio, no pueden recurrir al artificio de la motivación de sus decisiones, como forma de demostrar imparcialidad.

En un juicio en el que los jurados parecen, a ojos de los presentes, incomunicables, se puede suponer que los siete votaron de manera imparcial, desde una valoración de todo lo que se les presentó en el juicio.

Así, el silencio impide que factores «extralegales» se manifiesten como determinantes en las respuestas de los jurados. La incomunicabilidad también busca evitar la imposición de la «ley del más fuerte, la dictadura del intelectual, el sometimiento del tímido por el extrovertido, de la seducción y tantas otras hipótesis opresivas que pueden ocurrir bajo el régimen angloamericano entre los jurados individuales, mientras debaten en la sala secreta»¹⁵.

Sin embargo, una mirada más afilada sobre la incomunicabilidad de los jurados puede llevar a otra conclusión: el «silencio-obligación» busca resguardar la impresión del bien decidir en el Tribunal del Jurado.

El requisito del silencio surge de una búsqueda de protección por parte del Poder Judicial frente a los jurados, quienes podrían, rompiendo la incomunicabilidad, demostrar que sus decisiones no son «jurídicas», es decir, mínimamente fundamentadas en la relación entre los hechos y las normas aplicables.

Si es así, hay un paralelo posible del tema con una crítica foucaultiana del cientificismo: «¿Qué sujeto de experiencia o saber quieres “reducir” cuando dices: “Yo formulo este discurso, enunció un discurso científico y soy un científico”? ¿Qué vanguardia teórico-política quieres entronizar para separarla de otras formas de conocimiento numerosas, circulantes y discontinuas?»¹⁶.

La idea del extracto de Michel Foucault se aplica al Derecho procesal penal brasileño, reemplazando la figura del científico por la figura del juez. En este sentido, la deliberación expresa y fundamentada es exclusiva de quienes pertenecen plenamente al ámbito jurídico y no de forma

¹⁴ La técnica suele servir como un «barniz legal» para legitimar decisiones de los jueces de carrera que van lejos de subsumir el hecho a la norma. En este sentido, el lenguaje jurídico esconde ideologías, prejuicios, experiencias pasadas. Rui Portanova observa que «en el juicio hay premisas ocultas imperceptibles». PORTANOVA, R. (2003) *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 15.

¹⁵ NASSIF, A. (2008). *Júri, Instrumento da Soberania Popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 145.

¹⁶ FOUCAULT, M. (1979). *Microfísica do poder*. Traducción de Robert Machado. Rio de Janeiro, Graal, p. 172.

esporádica, como un jurado, con un saber profano que se encuentra circunstancialmente investido en una función de juzgamiento.

Por tanto, subliminalmente, la incomunicabilidad sugiere que no le corresponde al jurado hablar un «lenguaje» que no domine.

Para la legitimación de la soberanía popular a través del Tribunal de Jurado, se requiere del jurado, bajo el «silencio-obligación», solo la elección por uno de dos monosílabos –«sí» o «no»– por una o pocas veces seguidas, según la «quesitação»¹⁷.

IV. SILENCIO Y CRIMEN: EL DEBER DE COMUNICACIÓN DE LOS TESTIGOS

Como dicho, en el ámbito del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, es posible observar usos distintos al silencio.

Para el acusado, el jurado el silencio es obligatorio, para un acusado, opcional, mientras que para algunas personas en determinadas situaciones está prohibido el silencio, incluso con previsión de sanción penal, siendo la conducta de quedar en silencio («callar sobre la verdad») equivalente al delito de «falso testimonio», según dispone el Art. 342 del Código Penal brasileño: «Hacer una declaración falsa, o negar o silenciar la verdad como testigo, perito, contador, traductor o intérprete en procesos judiciales o administrativos, investigaciones policiales o en procesos arbitrales; Pena-reclusión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años, y multa».

Entonces, por ejemplo, un testigo que oculta la verdad comete un delito. Si el sistema legal hace uso del Derecho Penal para sancionar tal conducta, debería ella tener una gravedad sustancial, dado que el Derecho Penal, al menos en teoría, solo debe utilizarse de manera subsidiaria, como *ultima ratio*.

Al testigo, al perito, al contador, al traductor o intérprete, el Derecho brasileño impone el deber de no silenciar la verdad. Así, se observa el «silencio-prohibición».

En el caso de los testigos¹⁸, el ordenamiento jurídico brasileño impone a quienes supuestamente conocen la «verdad» sobre un hecho determinado, el deber de contribuir al desenlace del proceso, a través de su palabra

¹⁷ La «quesitação» corresponde al conjunto de preguntas formuladas a los jurados sobre la materialidad, autoría, excludentes del delito, entre otras posibles cuestiones. Para cada pregunta formulada, el jurado solo elige una de las dos papeletas que contienen la respuesta «sí» o «no» y la coloca secretamente en una urna.

¹⁸ Cabe señalar que algunas personas están exentas de actuar como testigos, por diversas razones, como el grado de parentesco o el secreto profesional. En este sentido, cf. los Artículos 206 y 207 del Código Procesal Penal de Brasil.

que servirá de prueba. Se justifica que el conocimiento de la verdad¹⁹ por parte del juez o jueces permitiría llegar a una decisión justa.

La verdad y la justicia son atributos de gran protagonismo dentro de las más diversas culturas, lo que lleva al Derecho positivo a imponer la ruptura del silencio de terceros como medio para lograr la verdad, de manera inmediata, y la Justicia, de manera mediata.

El problema de esta lógica es su construcción sobre conceptos etéreos (verdad y justicia) y, a partir de eso, demandar metas inalcanzables para el Derecho Penal (asegurar una sociedad justa y segura) y para el Proceso penal (ser un instrumento de acceso a la reproducción exacta de la verdad de los hechos, lo que le es imposible, ya que el proceso opera desde reconstrucciones y sesgos cognitivos de los actores procesales).

V. SILENCIO Y GARANTÍA: EL DERECHO DEL ACUSADO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

Bajo el estricto prisma del protagonismo del valor de la verdad y de la justicia como virtudes primordiales en nuestra sociedad, es desconcertante ver que el Derecho da al silencio del acusado un tratamiento totalmente diferente al que se le da al testigo. Sin embargo, tal perplejidad no resiste a un mejor análisis de la importancia, legitimidad y justicia del derecho al silencio dentro de la dinámica del proceso penal brasileño.

Existen varios fundamentos normativos que sustentan el derecho al silencio (entendido en una interpretación extensa) del acusado en el Proceso Penal brasileño. Tres de los principales fundamentos se destacan a continuación.

La Constitución Federal de Brasil, en su artículo 5, inciso LXIII, establece que el preso será informado de sus derechos, incluido el derecho a guardar silencio. Aunque la expresión utilizada sea «preso» es cierto que el derecho al silencio también alcanza al acusado durante todo el proceso.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, derivada del Pacto de San José de Costa Rica, del que Brasil es signatario, prevé en su artículo 8 el «derecho a la no autoincriminación».

El Código Procesal Penal, por su parte, en su artículo 186, dispone que una vez calificado y conocedor del contenido integral de la acusación, el acusado será informado por el juez, antes de iniciar el interrogatorio, de

¹⁹ Justificación que muchas veces acaba presuponiendo la falaz idea de llegar a la «verdad real» como objetivo del proceso penal.

su derecho a permanecer en silencio y no responder a las preguntas que se le puedan hacer.

En el Derecho brasileño, en lo que concierne al acusado, existe el «silencio-garantía».

Más que el derecho a no emitir ninguna forma de comunicación que pueda incriminarlo, el imputado está amparado por una garantía más amplia, basada en el principio del *nemo tenetur se detegere*²⁰, expresión proveniente del derecho romano, y principio básico del derecho procesal penal brasileño y de varios ordenamientos jurídicos extranjeros.

El principio del *nemo tenetur se detegere* asegura que el imputado no está obligado a aportar pruebas contra sí y, por tanto, puede guardar silencio, lo que no puede interpretarse contra él. Lo mismo ocurre con la no obligación, por ejemplo, de someterse a pruebas invasivas o donar material genético para exámenes periciales en el ámbito del proceso penal.

Así, el silencio es una de las posibles formas de defenderse de la acusación realizada. Si bien, desde una perspectiva ingenua (que desconoce las funciones latentes y el funcionamiento real del sistema penal) de la búsqueda de la verdad y la Justicia, el imputado debería ser obligado a decir la verdad, al igual que los testigos.

Pero, así no lo es, sobre todo, por dos razones sólidas y relevantes dentro de la realidad histórica y contemporánea del sistema penal brasileño:

La primera razón, de carácter práctico, es que la salvaguarda del derecho al silencio termina por relativizar el valor de la confesión, obtenida a lo largo de la historia, bajo las más diversas formas de tortura (por ejemplo, en el período dictatorial que vivieron Brasil y otros países latinoamericanos en el siglo xx).

Así que la confesión ya no tiene su estatus en nuestra dinámica procesal penal de «reina de las pruebas», incluso porque la confesión (muchas veces falsa) a través de la tortura es una práctica que ha ido más allá de la redemocratización y aún hoy se materializa en episodios que suelen ocurrir en zonas de extrema pobreza de ciudades brasileñas.

La segunda razón, de carácter ideológico (y también práctico), hace del silencio un instrumento útil al principio de prohibición de la autoincriminación, permitiendo al individuo salvaguardar su derecho a la libertad y no ser obligado a presentar pruebas contra sí mismo, ya que es competencia de la acusación la responsabilidad de respaldar la condena del acusado.

²⁰ Un ejemplo jurisprudencial de la aplicación del principio por el Supremo Tribunal Federal de Brasil: «*Nemo tenetur se detegere*: derecho al silencio. Además de no estar obligado a aportar aclaraciones, el paciente tiene derecho a que su silencio no se interprete en su contra. Orden concedida, para revocar la condena». (STF, HC n. 84.517/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, d.j. 19.10.2004).

VI. CONCLUSIÓN Y UN APÉNDICE: EL SUEÑO DOGMÁTICO Y LOS SILENCIOS ELOCUENTES DE LOS PENALISTAS

Es un rasgo de la cultura humana apropiarse de los fenómenos y atribuirles significados simbólicos, y el uso variado del silencio por parte de la Ley es solo una evidencia de la relación entre lo aprehendido por la humanidad y el producto abstracto que se simboliza a partir de esta aprehensión²¹. Como elemento cultural, el silencio adquiere los más diversos contornos y significados.

Es bien conocido el entendimiento de que el Derecho tiende a transportar, de manera simplista y reduccionista, los hechos del ser (*sein*) para que encajen en el espacio reducido del deber ser (*sollen*). De esta manera, el Derecho inserta el universo en su microcosmos normativo.

Sin embargo, en cuanto al silencio, en lugar de reducir su abanico de significados, el Derecho asigna diferentes significados a un mismo fenómeno (o, se insiste, a una ausencia de fenómeno). Como algo polimorfo, el silencio en el ámbito jurídico se convierte en obligación, prohibición y garantía. Y, por tanto, el silencio significa más en términos normativos del deber-ser, que como fenómeno en términos de ser.

Por fin, cabe una excursión sobre el tema del silencio y el Derecho, aprovechando, de manera análoga, la expresión filosófica «sueño dogmático».

Es cierto que producir conocimiento presupone la premisa de que ningún tema está a priori relegado al silencio, pero no es difícil observar que las dinámicas de poder y las estructuras de dominación confieren invisibilidad y, en consecuencia, silencio sobre determinados temas. En muchos de ellos, es tarea del penalista romper las mordazas, ya que su objeto de análisis es contra mayoritario y, por eso, se ocupa de todo tipo de dinámicas de opresión y marginación que existen en una sociedad.

Así aprendí y así creo, en gran parte por el ejemplo del Profesor Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, quien con su voz y tinta contribuye, a través de la confluencia entre el Derecho y su amor por la Historia, para superar los silencios ensordecedores de nuestro pasado y, en consecuencia, también contribuye para la construcción de un horizonte auspicioso, ya que toda mirada histórica y retrospectiva está ligada a una razón prospectiva.

²¹ Sobre el tema, véase: CASSIRER, E. (2001). *A filosofia das formas simbólicas*. Tradução de Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001; FUZIGER, R. (2015). *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá.

Más que dar voz a temas silenciados, el Profesor Ignacio da voz a la gente y, con eso, cambia biografías (entre las que me incluyo). Y ahí radica el gran legado de un ser humano: comprender que construir el mañana no es una tarea solipsista, sino que depende de personas inspiradas por el mismo propósito. Y en este sentido, «decíamos ayer y diremos mañana», que nosotros, los inspirados por nuestro Maestro, somos y siempre seremos muchos.

La dignidad humana y los derechos sociales

María Josefa García-Maestro García
Profesora Dra. Titular de Escuela Universitaria
de Derecho Administrativo



I. CONCEPTO JURÍDICO DE LA DIGNIDAD HUMANA

I. CONCEPTUAR EL CONTENIDO del término dignidad humana no es tarea fácil, ya que es común señalar que la idea moral, espiritual de la dignidad, ha obstaculizado su concepción como institución jurídica¹.

Desde nuestro punto de vista es justamente la dignidad humana entendida como un valor moral, ético, el punto de partida, el principio rector que debe inspirar el ordenamiento jurídico. En esta línea de pensamiento, Rodríguez-Arana sostiene que es inaceptable pensar que «el supremo principio de la dignidad del ser humano es un principio muy importante, pero sin trascendencia o virtualidad real en el mundo jurídico»².

En este mismo sentido se posiciona Adela Cortina al señalar que «los llamados “derechos humanos” no pertenecen al género de los “derechos legales”, que se recogen en códigos positivos, sino al de los “derechos morales”, que deben inspirar la elaboración de los textos constitucionales y las legislaciones concretas, de suerte que no son derechos que “se conceden”, sino que “*se reconocen*” a aquellos que los ostentan, por ser personas. Los derechos se presentan primariamente como exigencias que deben ser satisfechas para que una persona pueda llevar adelante un tipo de vida

¹ Sobre las distintas acepciones del término dignidad humana, véase García Manrique, R. Mayo-Junio 2016: *¿Es útil el concepto de dignidad humana?*, en el Cronista, 61-62, Portal Derecho, S.A. Iustel.

² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. 2015: *Derecho Administrativo y Derechos Sociales fundamentales*, Sevilla: Global Law Press-Editorial derecho Global e Inap, p. 499.

verdaderamente humana. De ahí que su carácter de “exigencias morales” sea previo a su reconocimiento como derechos de las personas que una comunidad debe proteger»³.

Efectivamente, es una labor del legislador que los derechos humanos que son los derechos innatos a la persona, los derechos morales, sean reconocidos jurídicamente. En este sentido Lohmann señala, «los derechos humanos exhiben un rostro que, como el de Jano, observa simultáneamente la moral y el derecho»⁴.

Para Pascual Lagunas⁵ «La idea de la dignidad de la persona entendida como el desarrollo en plenitud de todas sus potencialidades y de la libre elección de su propio plan de vida tiene su raíz en un ideal de justicia e igualdad con un fuerte contenido ético». Es decir, dignidad humana, justicia e igualdad son valores que deben de ir siempre unidos. Por lo que cabe preguntarse si sería justo un ordenamiento jurídico que no respetara, que no garantizara jurídicamente la dignidad de las personas. En palabras del Tribunal Constitucional (STC 170/1994) «Un sistema que no garantice la dignidad humana (y los derechos derivados de esta) es un sistema en el que se quiebra la paz social... (Que es) garantía de la convivencia pacífica entre las personas».

2. En este trabajo, no vamos a analizar la dignidad humana desde el punto de vista ético o moral, nos vamos a ceñir al mundo jurídico donde es frecuente la utilización de este término.

El término dignidad humana se encuentra recogido en diversos Tratados Internacionales. Así en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 se señala: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». «Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana» Asimismo el artículo

³ CORTINA, A. 1999: *El futuro de los derechos sociales*, en Ararteko, Vigencia y futuro de la declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario, Ararteko, p. 54.

⁴ LOHMANN, G., 2005, «Die Menschenrechte: unteilbar und gleichgewichtig?», en «*Studien zu Grund und Menschenrechten*», vol. 11, Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam/Potsdam Universitätsverlag, Potsdam, pp. 5-20, citado por Habermas, J., «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Dianoia*, vol. LV, núm. 64, mayo-junio, 2010.

⁵ PASCUAL LAGUNAS, E. 2009: *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona: Bosch, p. 26.

1.º de la Declaración señala: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

Otros textos internacionales también recogen el término dignidad humana (Carta Social Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Estos textos conciben la dignidad «como un principio rector, un principio matriz del derecho y de la filosofía. La dignidad del hombre caracteriza su identidad, independientemente de su edad, de su estado de salud o de su condición social»⁶.

La Constitución alemana en su art.1.1, se refiere a la dignidad humana en los siguientes términos: «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público». La dignidad humana, por lo tanto, merece reconocimiento, respeto y protección por parte de los poderes públicos, que deberán en sus actuaciones garantizarla, fortalecerla y respetarla.

La Constitución española recoge el término la dignidad humana en el art.10.1: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

De la lectura de este artículo se desprende que nuestra Constitución cuando se refiere a la dignidad humana lo hace como una cualidad especial que le corresponde a cada persona. Tal como señala Sosa Wagner⁷ «la dignidad es el valor más luminoso de nuestro sistema político, el obligado a inspirar el actuar de los poderes públicos (Estado, Comunidades Autónomas, corporaciones locales...) pues determina la legitimidad del Derecho al asegurar que sus mandatos tienen como fin la defensa del individuo y de sus derechos constitucionales que nunca pueden ser considerados como «objetos» ni degradados a la condición de tales, como ocurre cuando la persona es humillada o tratada de forma despectiva o arbitraria».

La dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, es decir, los derechos humanos, junto con la libertad, la igualdad, la justicia y la solidaridad son el fundamento de la paz social.

Para Ruiz Lapeña: «La dignidad de la persona es un principio que da cabida a los derechos inviolables que le son inherentes»⁸. ¿Cuáles son

⁶ GENEVIÉVE, I. Mayo-Junio 2016: *Las frágiles bodas del principio de dignidad y del derecho a la vivienda*, en el Cronista, 61-62, Portal Derecho, S.A. Iustel, p. 20.

⁷ SOSA WAGNER, F. 2018: *Comentario al art. 10.1 de la Constitución*, en Muñoz Machado, S., (editor); *Comentario mínimo a la Constitución española*, Barcelona: Planeta, p. 53.

⁸ RUIZ LAPEÑA, R. 2015: *La dignidad y sus manifestaciones en el ordenamiento constitucional español*, en CHUEA, R., (director), *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 351.

esos derechos? ¿Qué derechos son necesarios para alcanzar la dignidad humana? ¿Solamente los derechos civiles y políticos clásicos? ¿O también los derechos sociales, los prestacionales? Entendemos, que es justamente la dignidad humana en cuanto expresión del reconocimiento jurídico de la igualdad y de la libertad de todos los seres humanos por el simple hecho de serlo (STC 181/2000, F.J. 9º), la exigencia que hace que tanto los derechos civiles y políticos como los prestacionales sean derechos humanos. La dignidad es la fuente y el origen de todos los derechos de la persona⁹.

Como señala De Castro Cid «Son derechos humanos aquellas exigencias o expectativas existenciales del hombre en cuanto tal que se imponen a la razón como atribuciones que no pueden faltar en ningún ordenamiento jurídico»¹⁰. Por lo tanto, podemos afirmar que la dignidad es una cualidad inherente a las personas, la base y el límite de los derechos humanos, el principio inspirador del ordenamiento jurídico. En palabras de Gregorio Peces-Barba «Sin aceptación del ideal de la dignidad de la persona no puede haber derechos humanos»¹¹.

Mantenemos, siguiendo a Habermas que «las experiencias de exclusión, maltrato y discriminación nos enseñan que los derechos civiles clásicos adquieren «igual valor» (Rawls) para todos los ciudadanos únicamente cuando se complementan con derechos sociales y culturales»¹².

El Tribunal Constitucional en su STC 53/1985 considera que la CE ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona y señala que «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás». En la dignidad de las personas está la base del reconocimiento de los derechos sociales.

3. Desde el punto de vista jurídico, el concepto de dignidad humana admite diversos enfoques: una visión funcional de desarrollo de políticas públicas encaminadas a lograr una vida digna de todos los ciudadanos y una visión protectora por parte de los poderes públicos encaminada justamente a evitar la violación de la dignidad humana. En el primer caso

⁹ PASCUAL MEDRANO, A. 2015: *La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español* en Chueca, R., (director); *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 311.

¹⁰ DE CASTRO CID, B. 1993: *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Universidad de León: Secretariado de publicaciones, p. 100-101.

¹¹ PECES BARBA, G. 1999: *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Ed. Universidad Carlos III., p. 94

¹² HABERMAS, J. *El concepto de dignidad humana...*, op. cit. p. 9.

estamos ante políticas que se fundamentan en el Estado social, mientras que el segundo, aunque también puede situarse en exigencias del Estado social, hunde sus raíces en imperativos propios del Estado de Derecho.

La visión funcional, como se acaba de señalar, conlleva una serie de obligaciones positivas por parte de los poderes públicos para garantizar la dignidad humana (políticas sociales, lucha contra la pobreza energética, contra la marginación).

Por ello, los poderes públicos deben dar contenido a los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I CE) a través de la realización de políticas públicas que hagan posible su aplicación efectiva para lograr así, una vida digna de todos los ciudadanos. Esta línea de pensamiento ha sido desarrollada por un amplio sector doctrinal y en este sentido, hay que situar entre otras, las reflexiones de Iacono Geneviève: «La dignidad constituye el muro protector de las personas vulnerables en su estado de vida contra todos los actos que violen sus derechos fundamentales. El derecho a la vida y a la protección contra los tratos inhumanos o degradantes debe aplicarse a las personas detenidas, a las personas con discapacidades, a los desempleados, a las personas sin hogar, a las personas necesitadas, a los migrantes, a las mujeres, a los menores no acompañados»¹³.

También pueden recordarse referidas al Estado social, las palabras de Ritter pues este Estado conlleva un deber por parte de sus gobernantes de «el fomento *del bonum commune*, del bien común o, más concretamente, de la conservación de la paz, el orden y la justicia»¹⁴.

El Estado social debe garantizarla dignidad humana, debe desarrollar políticas tendentes a asegurar a todos los ciudadanos una vida digna, a conseguir la anhelada igualdad material, tal como aparece consagrada en el art. 9.2 CE, «si es necesario a través del otorgamiento de prestaciones públicas con el fin de asegurar rentas a quienes no pueden generarlas real o presumiblemente (discapacitados, personas sin empleo, ancianos, niños)¹⁵».

«El mandato impuesto por la Constitución a los poderes públicos para conseguir la igualdad material de todos los ciudadanos, conlleva la obligación de hacer efectivos los derechos sociales y económicos que se recogen en la Constitución. Solamente de esta manera, se podrá lograr la pretendida igualdad, la dignidad de todos los seres humanos. Y ello, conlleva la necesidad de prestaciones sociales, de que los más favorecidos

¹³ GENEVIÉVE, I. *Las frágiles bodas...* op. cit., p. 22.

¹⁴ RITTER, Gerhard A. 1991: *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional.*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 17.

¹⁵ VIDAL PRADO, C. 200: *La protección constitucional de la tercera edad*, en Carlos Lasarte Álvarez (director): *La protección de las personas mayores*, Madrid: Tecnos, p. 20.

por la sociedad puedan ayudar a los menos favorecidos, ya que todos los ciudadanos deben de poder participar de los beneficios de la sociedad en que se integran»¹⁶.

Contrario sensu, es decir desde el punto de vista protector y justamente para evitar la violación de la dignidad humana, los poderes públicos deben de adoptar medidas conducentes a impedir determinados comportamientos, como prácticas discriminatorias, racismo, que lesionan la dignidad. Tal como señala Habermas¹⁷» la experiencia de violaciones a la dignidad humana ha desempeñado en muchos casos, y puede desempeñar aún, una función creativa: ya sea ante las insoportables condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas; o ante el trato desigual a hombres y mujeres en el lugar de trabajo, o la discriminación de extranjeros y minorías raciales, religiosas, lingüísticas o culturales; o también ante la terrible experiencia de mujeres jóvenes provenientes de familias inmigrantes que tienen que liberarse ellas mismas de la violencia de códigos de honor tradicionales; o, por último, ante la brutal expulsión de inmigrantes ilegales y solicitantes de asilo».

La Constitución española reconoce el principio de la dignidad humana como uno de sus pilares más valiosos, como un bien jurídico protegido. «La persona es digna si en sus decisiones puede optar libremente, si puede integrarse en la sociedad voluntariamente, participar en la vida social»¹⁸. Ahora bien, para llevar a cabo esta conducta, para poder actuar dignamente, necesita gozar de unos mínimos vitales que el Estado social debe garantizar. Por lo tanto, reiterando lo ya expuesto, entendemos que los derechos fundamentales clásicos adquieren un valor igual para todos los ciudadanos únicamente cuando se complementan con derechos sociales y culturales.

En síntesis, el Estado social exige políticas diferentes en relación con la dignidad de la persona, unas encaminadas a potenciar sus exigencias, otras dirigidas a impedir comportamientos o políticas que la menoscaben.

El reconocimiento de los derechos sociales permite al ser humano llevar una vida digna, por lo tanto, la dignidad humana y los derechos sociales deben de ir siempre encadenados.

¹⁶ GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, M.J. 2015: *Tercera edad y ayuda a la dependencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 110.

¹⁷ HABERMAS, J. *El concepto de dignidad humana...* op. cit, p. 8.

¹⁸ TORNOS MAS, J. Mayo-Junio 2016: *La dignidad humana y el derecho a una vivienda digna*, en el Cronista, 61-62, Portal Derecho, S.A. Iustel, p. 26.

II. LA DIGNIDAD HUMANA: EL NÚCLEO INVIOLABLE DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. Como ya se ha señalado, la idea moral, ética, de la dignidad humana debe llevar un respaldo legal para evitar que pueda verse mermada cuando las personas no tienen las condiciones económicas necesarias para poder vivir. Es decir, el concepto ético de la dignidad humana no se puede aislar de los bienes materiales necesarios para la existencia digna de las personas. Si un Estado social y democrático de Derecho no puede hacer efectiva la cobertura de un mínimo vital para proteger la dignidad humana, estaría fallando la esencia misma del sistema. Como señala Poncé Solé la dignidad humana es el ADN de los derechos sociales¹⁹.

Efectivamente, la dignidad humana es un muro, un núcleo que es el fundamento de los derechos sociales, núcleo que es resistente, inviolable y que debe ser respetado por el poder legislativo. Sensus contrario, la inexistencia de ese núcleo daría lugar a que los derechos sociales estuvieran a la libre disponibilidad del legislador, que podría arbitrariamente decidir sobre su existencia y contenido.

El contenido de la Constitución constituye un límite a la disponibilidad del poder legislativo, ya que los preceptos contenidos en su Título I contienen opciones constitucionales, que crean límites a dicho poder a la hora de desarrollarlos, límites que constituyen y exteriorizan el núcleo inviolable de los derechos sociales.

Es por lo tanto, labor del poder legislativo determinar cuál es ese núcleo inviolable de los derechos sociales que variará según las necesidades de la sociedad y el derecho social de que se trate.

En palabras de Rodríguez-Arana²⁰ «El derecho fundamental al mínimo vital o existencial debe estar cubierto en nuestras sociedades y, a partir de este suelo mínimo, a través de los principios de progresividad y prohibición de la regresividad de las medidas sociales, se debe caminar hacia mayores cotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona».

2. Hay determinados derechos sociales como por ejemplo el derecho a la educación contenido en el art.27 CE, o el derecho a las pensiones de la Seguridad Social del art. 50 CE, que según la propia redacción del texto constitucional conllevan prestaciones sociales garantizadas

¹⁹ PONCÉ SOLÉ, J. 2012: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes ya la sostenibilidad social*, Madrid: Inap, p. 60.

²⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Derecho Administrativo y...*, op. cit., p. 15.

constitucionalmente, con lo que se establece, por tanto, ese núcleo inviolable resistente al poder legislativo.

Ahora bien, nos debemos plantear la siguiente pregunta ¿qué ocurre con otros derechos sociales que no conllevan prestaciones sociales garantizadas? ¿Puede el legislador disponer de esos derechos como le convenga? ¿Carecen de núcleo inviolable resistente al legislador? La respuesta es negativa pues como ya se ha señalado, existe un núcleo vinculado a la dignidad humana que es resistente al legislador y a las intervenciones administrativas. Si el núcleo inviolable es afectado negativamente por las intervenciones legislativas o administrativas, estas intervenciones serían inconstitucionales. Siguiendo a Ponce Solé²¹, entendemos que corresponde a las normas que regulen los derechos sociales determinar cuál es el contenido mínimo de los derechos sociales.

Pues bien, si como ya se ha señalado, la dignidad humana es un principio rector, un principio matriz del Estado social y democrático de Derecho y si el fundamento del orden político y de la paz social reside en la dignidad de la persona, en los derechos que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, la lógica consecuencia es que las normas y los presupuestos públicos deben estar al servicio de la dignidad humana, núcleo protector de los derechos sociales que debe ser respetado por el poder legislativo. Es decir «la dignidad humana debe ser el canon para la elaboración de las políticas públicas y para las dotaciones presupuestarias de forma que a partir de ella debieran articularse todas las políticas públicas propias de un sistema comprometido con la humanización de la realidad, no con la cosificación del ser humano»²².

3. La Constitución en su art. 103.1 establece el carácter servicial de la Administración a los intereses generales: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Pues bien en el análisis que estamos haciendo, entendemos que el interés general al que debe servir la Administración es la dignidad humana, los derechos fundamentales de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás al ser los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

²¹ PONCÉ SOLÉ, J. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales...*, op. cit., p. 117.

²² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Derecho Administrativo y ...*, op. cit., p. 502.

Como sabemos, los intereses generales los establece el legislador cuando realiza su labor normativa, intereses que son cambiantes según las necesidades de la sociedad²³, pues bien, en esa tarea el legislador, debe tener presente siempre el concepto de dignidad humana, que como ya se ha señalado es el núcleo inviolable a las intervenciones legislativas. El interés general está conectado a la dignidad humana, no se puede separar de ella, y «por ello, a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales, sean de orden individual, sean de orden social»²⁴.

El profesor Rodríguez-Arana²⁵, siguiendo a Bandeira de Mello, señala que «el interés de los ciudadanos en su dimensión pública, está incardinado en la propia existencia de las personas, eso sí, como integrantes de la sociedad. Por eso, la Administración pública cuando sirve objetivamente al interés general, debe tener presentes los intereses de las personas en su dimensión social, debe atender a las necesidades colectivas de las personas, debe, en una palabra, evitar esas abstracciones a que nos tiene tan acostumbrados cuando se pretende usar unilateralmente lo que solo se puede utilizar multilateralmente».

Nuestra Constitución señala claramente los intereses generales que han de ser regulados por el legislador. Así, en su artículo 9.2, establece un mandato general a los poderes públicos para que promuevan y remuevan los obstáculos para lograr que las condiciones de libertad y de igualdad de las personas y grupos en que se integran sean reales y efectivas. También, tal como hemos repetido reiteradamente, el art. 10.1 dispone que los derechos fundamentales de la persona junto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social, asimismo la Norma Suprema ordena a los poderes públicos en su art. 53.3, que en su labor, reconozcan, respeten y protejan los principios rectores de la política social y económica.

Es decir la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho es una organización de servicio al interés general, siendo este un elemento integrante de la propia Administración pública. Por lo tanto, los conceptos de Administración pública, interés general y dignidad humana han de ir unidos. Los ciudadanos deben mejorar sus condiciones de vida, alcanzar la dignidad humana, a través de la actividad de la Administración, ya que esa actividad es la que la justifica constitucionalmente.

²³ Sobre este tema véase SAINZ MORENO, F. 1977: *Sobre el interés público y la legalidad administrativa*, Madrid: Revista de Administración Pública, n.º 82, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 439-454.

²⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Derecho Administrativo y...*, op. cit., p. 213.

²⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Derecho Administrativo y...*, op. cit., p. 214.

El contenido del art. 9.2 CE compromete la actuación de los poderes públicos que deberán llevar a cabo prestaciones positivas para que la dignidad de la persona sea defendida protegida y promovida. Es decir, cuando la sociedad no está en condiciones de ofrecer un mínimo vital a los ciudadanos para que puedan llevar a cabo una vida digna, son los poderes públicos los que deben intervenir para garantizar una igualdad real para todos.

Mantenemos, siguiendo a Rodríguez-Arana que no se debe conectar la idea de Estado social únicamente a la tarea de otorgamiento de ayudas y subsidios sociales ya que estas constituyen justamente, el medio para evitar su fracaso, ya que «el Estado existe y se justifica en sí mismo en la medida que hace posible la vida en condiciones de dignidad de las personas. Por eso, el centro y la raíz del Estado democrático es la dignidad de las personas, que debe ser defendida, protegida y promovida a través de las diferentes políticas públicas²⁶».

III. LA DIGNIDAD HUMANA, EL SUSTENTO DEL ESTADO SOCIAL

1. La Constitución española en su Título Preliminar y concretamente, en art. 1.1., configura España como un Estado social y democrático de Derecho.

El carácter social del Estado hemos de situarlo en España en el marco de un modelo de Estado de Derecho, caracterizado por situar en el pueblo el origen de la soberanía, por la división de poderes, por el imperio de la Ley y por tomar como base el hombre y sus derechos.

Como consecuencia, el modelo de sociedad que promulga nuestra Constitución es un sistema social personalista, que entiende que la sociedad está constituida en función del hombre. En este sentido, el artículo 10.1 de la Constitución es taxativo: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

El contenido del artículo citado introduce un primer condicionante al carácter social del Estado y que podríamos simplificar en buscar la igualdad sin sacrificar la libertad. Pues sólo desde la igualdad material la libertad alcanza su sentido pleno. Por lo tanto, conseguir la igualdad real de los ciudadanos debe ser uno de los logros del Estado social.

En este sentido el profesor Rivero Ortega señala que «si el derecho a la libertad puede considerarse uno de los principios básicos del Estado

²⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Derecho Administrativo y...*, op. cit., p. 194.

(liberal) de Derecho, el principio de igualdad es una de las grandes aspiraciones del Estado Social que pretende reducir las distancias materiales entre los ciudadanos»²⁷.

No se debe olvidar que el «concepto de igualdad está íntimamente ligado a los de libertad y dignidad de la persona humana ya que al ser todos los hombres partícipes de una misma naturaleza, hay entre ellos una igualdad esencial que no puede ser desconocida sin atentar contra su dignidad»²⁸.

Por lo tanto, entendemos que dignidad humana, igualdad y libertad son un trienio inseparable que el Estado debe reconocer, respetar y proteger. Son la base del Estado social y democrático de derecho, siendo la dignidad humana la raíz, el sustento de dicho Estado.

2. Para hacer efectiva la igualdad y con ello proteger la dignidad de todos los ciudadanos, el Estado social debe cumplir los mandatos constitucionales. En este sentido, como ya se ha señalado, el art. 9.2 CE establece un mandato de alcance general que tiene como destinatarios a todos los poderes públicos: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

El contenido de este artículo, según señala Torres del Moral «no consagra solamente el principio de socialidad estatal, sino que reúne en sí la doble idea del Estado social y del Estado democrático conjugando la libertad con la igualdad; el individuo con los grupos sociales; la participación económica, cultural y social con la participación política; y todo ello como habilitación/competencia/tarea de los poderes públicos»²⁹.

La cláusula social contenida en el citado art. 9.2 CE se concreta, se especifica (arts. 39-52 CE) en ámbitos materiales que recogen «la práctica totalidad de sectores implicados en el ámbito de las preocupaciones actuales respecto al «bienestar social de los ciudadanos» Es decir, se determina de modo más concreto los sectores en «los que debe traducirse la acción

²⁷ RIVERO ORTEGA, R. 2018: *Introducción al Derecho Administrativo Económico*, 8.ª edición, Salamanca: Ratio Legis, p. 145.

²⁸ CAMPILLO SAINZ, J. 1952: *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*. Méjico: JUS, p. 27.

²⁹ TORRES DEL MORAL, A. 2010: *Realización del Estado social y Constitución económica*, en Terol Becerra, MJ., (director): *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 71.

interventora del poder público en ejecución del mandato de realización del Estado social»³⁰.

Es por lo tanto, una labor de los poderes públicos para cumplir los preceptos constitucionales y en aras a la dignidad humana que conlleva el reconocimiento jurídico de la igualdad y de la libertad de todos los seres humanos, llevar a cabo una política interventora, una inversión económica para asegurar los derechos a todos los ciudadanos, para ello debe obtener fondos a través de un sistema fiscal redistributivo, pagando los que más tienen para que esos bienes retornen en forma de derechos, bienes y servicios a la población justamente en sentido proporcional inverso al nivel de recursos³¹.

Por ello y tal como señala el profesor Rivero Isern, el Estado Social constituye «un perfeccionamiento del Estado de Derecho», pues, «el Estado Social actúa, pero actúa a través de la acción conformadora de la Administración, que de simple espectadora de la realidad social y de las relaciones sociales, ha pasado a ser la más importante protagonista»³². Este protagonismo, según nos recuerda el autor, está orientado a favorecer las condiciones de igualdad entre los ciudadanos «pero de una igualdad sustancial, lejos de aquellas manifestaciones y enunciaciones un tanto abstractas y programáticas del Estado liberal».

3. La sensibilidad social de nuestro modelo de Estado, a pesar de sus avances, presenta aún muchos problemas y muchas situaciones que reclaman un mayor apoyo social por parte de los poderes públicos respecto a personas y colectivos que ven todavía mermada su dignidad personal. Por ello, estamos de acuerdo con el profesor Rodríguez-Arana cuando señala que «una reforma de la Constitución que reconozca los derechos sociales fundamentales y los principios de promoción y de la regresividad en la materia es cada vez más urgente, sobre todo porque la pétrea y literal interpretación del artículo 53 de Nuestra Carta Magna es un freno que impide al Tribunal Constitucional, avanzar por esta senda»³³.

³⁰ NAVARRO MUÑUERA, A. 2002: *Estado social y artículo 50 de la Constitución*, en Tornos Mas, J. (coordinador); Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 158 y ss.

³¹ REY MARTÍNEZ, F. 2012: *Derribando falacias sobre derechos sociales* en Cascajo Castro y otros: Derechos sociales y principios rectores. Actas del XIX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 639.

³² RIVERO YSERN, E. 1969: *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*. Sevilla: Universidad de Sevilla, p. 13.

³³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Derecho Administrativo y...*, op. cit., p. 50.

Entendemos que los derechos prestacionales deben tener, porque son derechos fundamentales de la persona, el mismo tratamiento jurídico en cuanto a la protección jurisdiccional y por supuesto en lo que se refiere a su aplicación inmediata, exigibilidad y justiciabilidad que los derechos civiles.

Terminamos haciendo una reflexión que ya hemos mantenido anteriormente, los derechos fundamentales clásicos adquieren un valor igual para todos los ciudadanos únicamente cuando se complementan con derechos sociales y culturales.

El reconocimiento de los derechos sociales permite al ser humano llevar una vida digna, por lo tanto la dignidad humana y los derechos sociales deben de ir siempre encadenados.

De indicios, presunciones y pruebas

Juan-Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón (España)



I. EL INDICIO DE CARGO

VAMOS A INTENTAR DEMOSTRAR en este modesto homenaje al querido Prof. Ignacio Berdugo, que la presunción judicial de culpabilidad existe en nuestro Derecho Procesal Penal, como existe en muchos otros que nos influyen¹.

El indicio de cargo es el último remedio contra la impunidad, pues se acude a él cuando falta la prueba directa e indubitada del delito o de su autoría en un proceso penal. Y se utiliza para lograr la condena del acusado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace muchos años que admite el indicio en el proceso penal siempre que se configure en forma razonable. No entra en el tema de la presunción de culpabilidad, aunque sí habla de presunciones. Lo que parece afirmar es que, si el ordenamiento jurídico interno contempla presunciones en el proceso penal, éstas no deben atacar a la presunción de inocencia. En fin, una confusión conceptual y dogmática propia de tribunales de esta naturaleza. La jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas nos ilustran igualmente sobre la admisibilidad del indicio de cargo.

¹ He publicado recientemente una monografía sobre el tema. Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, *passim*. Ante el escaso número de páginas que se nos ha otorgado, que comprendo perfectamente, he optado por suprimir en este texto todas las citas doctrinales y jurisprudenciales, remitiéndome a ese libro en donde el lector podrá encontrar todo lo que necesite comprobar.

No es una prueba, como erróneamente cree la jurisprudencia mayoritaria. Si lo fuera sería un medio de prueba regulado por la ley, sujeto a un procedimiento probatorio, y la ley nada dice al respecto. El indicio es parte de una presunción, es el hecho afirmado que hay que probar. Y vale tanto para el proceso civil, como para el proceso penal.

El problema es que no se reconoce así, porque la existencia en el proceso penal de la presunción de inocencia se interpreta que lo desmiente. Ambas cuestiones son sin embargo distintas, compatibles y plenamente aceptables en el proceso penal, como sucede en la práctica, pero sin visión dogmática ni de política criminal.

II. LA INTERPRETACIÓN RÍGIDA EN ESPAÑA DEL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El problema viene quizás por la interpretación que nuestros tribunales hacen del principio de la presunción de inocencia. Como derecho constitucional (art. 24. 2 CE), marca un hito en el enjuiciamiento criminal del ser humano, basado en su dignidad y en la protección estatal que merece hasta la decisión final del tribunal penal. Como todos los principios y garantías constitucionales que además son derechos fundamentales, obliga al Estado a una cuidadosa regulación del mismo, proporcionando el marco adecuado para su plena efectividad durante toda la tramitación del proceso, especialmente en el momento de sentenciar.

En su reconocimiento no hay discusión. Todos los países democráticos lo aceptan (art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966). La Unión Europea también se ha preocupado de este principio, reconocido en el art. 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2016, desarrollado por la Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de mayo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Como tal principio, nuestro Tribunal Constitucional tiene una doctrina muy clara en cuanto a su contenido general. Por un lado y en primer lugar, en su aspecto procesal (siendo al mismo tiempo una regla de tratamiento y una regla de juicio); y en segundo lugar, en su vertiente extraprocesal. Esta doctrina es seguida por el Tribunal Supremo literalmente, diferenciándose únicamente en aquellos aspectos en los que su función es diversa, a saber, distinguiendo entre lo que es la valoración constitucional

de la vulneración de un posible derecho constitucional, que sólo corresponde al TC, de la adecuación a la ley constitucional de una sentencia que es recurrida en casación, que es competencia del TS.

Es en su interpretación en donde pueden residir los problemas. Si se es extraordinariamente garantista (hipergarantismo), el principio de la presunción de inocencia puede favorecer la impunidad de criminales, sobre todo de los más poderosos y dañinos (criminalidad organizada), que por política criminal (principio de legalidad sustantivo) la sociedad exige que estén en la cárcel. A esa interpretación se llega cuando se asume que o hay prueba plena de cargo, suficiente y legal, o no hay condena, sin ninguna excepción. Si se interpreta en cambio de manera extraordinariamente restrictiva, el principio es inoperativo y estamos ante el autoritarismo judicial, que en absoluto es procedente en nuestro país. A esa interpretación se llega cuando se obliga al acusado a probar su defensa en un caso concreto, o frente a un aspecto concreto de la acusación y se rechaza cualquier alegación de descargo suya que no esté plenamente probada. La virtud, también aquí, está en el justo medio.

España opta por una posición garantista, lo que es correcto puesto que somos una democracia y el proceso penal de una democracia debe ser el propio de un estado de derecho, pero en algunas ocasiones, sobre todo no las que se refieren a la presunción de inocencia como regla de tratamiento (procesal y extraprocésal), sino las que se refieren a ella como regla de juicio (de sentencia), esa posición está muy cerca del hipergarantismo, por tanto, lleva a una interpretación no deseada del principio y del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que debe revisarse cuando implica con toda seguridad una alarmante impunidad, absolutamente injusta. Por ello, esta doctrina jurisprudencial debe ser corregida cuanto antes, por inconsistente y excesivamente rigurosa.

La pregunta entonces es si a la vista de esas posiciones jurisprudenciales, ciertamente exigentes, la presunción de inocencia impide la existencia de la presunción de culpabilidad, porque el indicio de cargo forma parte de una presunción, y la presunción formada con el indicio de cargo conlleva la condena del acusado.

No estamos mezclando conceptos, sino diferenciándolos, porque estamos hablando de cosas distintas, conforme a lo hasta aquí expuesto, y debemos despejar antes el camino. Se puede pensar que las razones por las que no podrían existir en el proceso penal presunciones de culpabilidad, en el sentido técnico que estamos explicando aquí, serían dos:

1.^a) Porque existe una institución, que ahora confunde, que lo impide, y que es precisamente la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH y art. 24.2

CE). Pero si se atiende a que la presunción de inocencia no es una verdadera presunción, porque no exige ningún indicio probado que nos lleve a la absolución a través de una máxima de la experiencia, el tema parece resuelto y, sin embargo, parece que sí, existiendo la presunción de inocencia, hablamos de presunción de culpabilidad, la confusión está servida.

Es mucho más sencillo, la presunción de inocencia es un principio procesal (que obliga al legislador ordinario a desarrollarlo respetando su contenido esencial), igualmente es un derecho fundamental (que da acceso al amparo constitucional en caso de vulneración), y finalmente es también una garantía constitucional (que impide condenar a un acusado sin pruebas). Todo ello conlleva la obligación para el juez de absolver al acusado cuando no exista ninguna prueba de cargo en su contra.

No tiene nada que ver con los indicios, ni con las máximas de la experiencia ni, en consecuencia, con las presunciones. Tampoco tiene nada que ver ni con la carga de la prueba ni con la valoración de la prueba, aunque en la práctica española, y en la doctrina y jurisprudencia de los países que más nos influyen (Alemania, Italia y Estados Unidos), y también, en parte, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, presunción de inocencia e *in dubio pro reo* se visualizan conjuntamente, porque en origen respondían a lo mismo prácticamente, a saber, a considerar inocente a quien no ha sido condenado, y, por ello, opera como regla probatoria y como criterio o estándar probatorio.

Como regla de la carga de la prueba, aun sabiendo que en el proceso penal en principio no hay carga de la prueba en el sentido civilista, precisamente por la existencia de la presunción de inocencia, ésta, sorprendente y contradictoriamente, se interpreta en la realidad como regla de absolución: Si resulta la inexistencia de prueba de cargo o existen dudas, se entiende que la acusación no ha podido probar lo que tenía que probar y, por tanto, se absuelve. Pero no debe haber confusión entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, y por ello esta interpretación práctica no es dogmáticamente correcta. Ciertamente, no nos ayuda el Derecho comparado, pues los países citados entienden que la presunción de inocencia integra también una regla de carga de la prueba.

Como criterio probatorio, se dice que la presunción de inocencia es una regla para el juez en el momento de valorar la prueba y dictar sentencia: Si no hay prueba de cargo (difícil de imaginar que se llegue hasta al final de un proceso penal sin ella, pero posible), se absuelve. Aunque se entiende por sí mismo, en realidad esta concepción ataca al principio del libre convencimiento o íntima convicción, porque ata al juez en su decisión. Por ello, tampoco creemos que sea una regla valorativa.

Es, sencillamente, y nos reiteramos en ello, un principio procesal, un derecho fundamental y una garantía constitucional.

Por otra parte, la presunción de inocencia sólo puede entenderse desde el punto de vista de la dignidad del ser humano, lograda por la Revolución Francesa gracias a la Ilustración, que hoy impera y se reconoce en todas las democracias, las cuales, sin pararse a mayores y por comodidad de léxico, la han consagrado.

El problema se plantea cuando la jurisprudencia admite que uno o varios indicios puedan destruirla, pero no porque sea una presunción, sino porque el indicio o la suma de indicios se hace equivalente a la prueba de cargo. Este es el verdadero problema y no la confusión entre presunción judicial y presunción de inocencia.

2.^a) *In dubio pro reo* es la segunda razón. Tampoco estamos ante un indicio, ni ante una presunción a la que se llega por la aplicación de una máxima de la experiencia, ni siquiera es un principio procesal, por mucho que se quiera identificar como la otra cara de la moneda de la presunción de inocencia, como acabamos de ver, sino tan sólo estamos ante una sencilla regla probatoria. La ley exige convicción absoluta (recordemos, en conciencia, con íntima convicción, de acuerdo con la sana crítica, libremente, sin arbitrariedad ni falta de motivación, más allá de cualquier duda razonable) para condenar, por las mismas razones de protección de la dignidad del ser humano aludidas, lo que significa que cuando la convicción de inocencia sea absoluta debe absolver, pero también debe hacerlo cuando tenga una duda consistente, razonable, lógica, sobre la autoría de los hechos y la culpabilidad del acusado.

En definitiva, quizás sea mejor ser menos exigentes. Es lo que ha hecho en verdad el Derecho comparado para dar una oportunidad mayor a los jueces de valorar correcta y libremente la prueba.

III. UNA CONSECUENCIA OBLIGADA: LA CREACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD EN EL PROCESO PENAL

Frente a esta concepción de la presunción de inocencia poco flexible, la jurisprudencia ha tenido que buscar vías de escape, y es lo que ha hecho, para poder condenar justamente a verdaderos culpables. El reconocimiento por la jurisprudencia de la existencia del indicio de cargo tiene un fin, aunque muchas veces no se sea consciente de ello por los propios tribunales: Elaborar la presunción judicial de culpabilidad. Por ello, a la vista de lo expuesto hasta aquí, es razonable pensar que en el proceso penal sí existen presunciones, y que esas presunciones parten de indicios probados que únicamente pueden operar de cargo, es decir, para fundar la culpabilidad del perjudicado por ellas.

La deducción lógica de todo ello, a la vista de la jurisprudencia que admite los indicios de cargo, es decir, para condenar a un acusado, es que, se quiera o no se quiera, en realidad se elude, en el proceso penal la jurisprudencia ha consagrado la existencia y validez de la presunción de culpabilidad. En todos los ejemplos jurisprudenciales que podemos consultar, los indicios han sido aplicados por el Tribunal Supremo para condenar, no para absolver.

Pero hay un problema. Salvo error o ignorancia mía inexcusable, no tengo constancia de que la doctrina o la jurisprudencia hayan explicado por qué en el proceso penal se elude hablar de presunción de culpabilidad, aunque sí se ha hablado de la prevención que sienten los jueces penales a reconocer su uso.

En mi opinión, creo que esta omisión se debe a tres razones:

- 1.^a Porque se piensa que no puede encajar en un sistema en el que se afirma, a veces un poco alegremente, que no existe carga de la prueba por el reconocimiento de la presunción de inocencia. Ya hemos dicho que esto es una confusión porque la presunción de inocencia no es una presunción, sino un principio constitucional, un derecho fundamental y una garantía constitucional. Además, ¿quién niega que el acusado no deba probar en ciertos casos sus alegaciones fácticas, o es que no lo va a hacer si se defiende aduciendo legítima defensa, o cualquier otra atenuante o eximente? La jurisprudencia y la doctrina lo admiten sin rodeos afirmando que la carga de la prueba de los hechos exculpatorios recae sobre la defensa.
- 2.^a Porque la expresión es plásticamente tan rotunda y tan fuerte, que podría llevar a la identificación de nuestro sistema como inquisitivo, autoritario y contrario a la dignidad del ser humano. Se podría interpretar como un retroceso de siglos y una vuelta al antiguo régimen.
- 3.^a Porque el hecho de inclinarse más hacia un garantismo rígido existente en nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre la presunción de inocencia, convierte prácticamente en inamovibles sus postulados actuales, especialmente aquél que exige una prueba de cargo indubitada al menos para poder condenar al acusado. No obstante, ese mismo hipergarantismo ha llevado al límite de la coherencia al propio Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, que ahora admiten en ciertos casos el indicio de cargo sin cambiar su doctrina, lo cual es técnicamente incorrecto, para poder condenar y evitar así escandalosas impunidades que la sociedad nunca admitiría. En el fondo, lo ha hecho por razones de política (procesal) criminal, aunque no lo digan o no lo sepan. Lo realmente curioso

es que esta evolución jurisprudencial, en realidad un *overruling*, es dogmáticamente aceptable y por ello entiendo que es correcta.

Pero ignorar o eludir este tema no es nada fructífero, porque existiendo el indicio de cargo y por tanto la presunción de culpabilidad, se introduce una regla probatoria sobre la carga de la prueba de enorme trascendencia: Frente a la amenaza de una presunción de culpabilidad, es el acusado quien tiene que demostrar que no existe, o que existiendo es ilegal, arbitraria, irracional o ilógica. Significa, por tanto, que, además de que existe la presunción de culpabilidad, sí existe carga de la prueba en el proceso penal, no sólo en los casos citados antes, en éste también.

El control jurídico de los servicios de Inteligencia*

José L. González Cussac
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia



I. INTRODUCCIÓN

EN REALIDAD, no se escribe ni se discute profusamente sobre Inteligencia y Derecho. En los círculos oficiales solo se escucha y lee un reiterado discurso sobre la necesaria actuación de los servicios y que ésta siempre discurre dentro de la legalidad y con respeto a los derechos humanos. Este es un mantra constante de cualquier responsable de cualquier país al que podamos calificar de Estado democrático de Derecho. E incluso también de las naciones claramente ancladas en senderos autoritarios o absolutistas. Pero fuera de la citada proclama, en los círculos oficiales y aledaños, se debate escasamente sobre cuestiones jurídicas¹.

En las breves líneas de este trabajo no dispongo de espacio ni siquiera para un mínimo de exhaustividad en la selección de cuestiones. Por tanto, menos aún para profundizar en los mismos con la precisión requerida. Por consiguiente, me limitaré a un enfoque topográfico sobre las principales

* Estas líneas son una sentida contribución en el merecido homenaje al Profesor Dr. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, con todo mi reconocimiento académico y mi afecto personal.

¹ Baste como ejemplo la escasa referencia a cuestiones jurídicas en este reciente estudio: «*Maintaining The Intelligence Edge. Reimagining and Reinventing Intelligence though Innovation*», CSIS, Washington, January 2021. Es más, las breves menciones a aspectos jurídicos se encuentran dentro de un epígrafe titulado «Ética y Gobernanza». pp. 38-40.

tendencias en materia de los controles de los servicios de inteligencia en la actualidad.

Como es sabido, una combinación de decisiones y de diferentes fenómenos ha conducido a un protagonismo y a la vez a una transformación de los servicios de inteligencia respecto a etapas históricas anteriores. Primero en el escenario de la Guerra Fría; después, en un nuevo contexto geopolítico, con la aparición de nuevas amenazas, la globalización y la irrupción de las nuevas tecnologías.

En ambos periodos los servicios de inteligencia han experimentado notables cambios, y todos ellos se ven reflejados, como en cualquier otra institución, en la normativa legal aplicable. Este es el enfoque que he desarrollado en otros trabajos, que explican la ampliación de las funciones y de las áreas de intervención de los servicios, motivada principalmente por la expansión de la categoría de seguridad nacional.

2. EVOLUCIÓN HACIA REGULACIONES ESPECÍFICAS. EL RETO DEL CONTENIDO MATERIAL («CALIDAD DE LAS LEYES»)

2.1. *Regulaciones específicas*

Inmediatamente finalizada la II Guerra Mundial, varios países de América y Europa iniciaron un camino hacia la institucionalización de sus servicios de inteligencia. Esta tendencia se ha mantenido fuerte y constante en las últimas décadas. Esta corriente empuja hacia una reforma de sus leyes o la creación de nuevos instrumentos normativos más precisos y más transparentes de los servicios de inteligencia. En términos generales, puede decirse que dicha tendencia se inició en la década de los cuarenta del pasado siglo en Europa Occidental, EE.UU., Canadá, Argentina, Brasil o Australia. Continuó y se extendió a otros Estados americanos, siempre dentro del escenario de la Guerra Fría. Con la caída del Muro de Berlín alcanzó a algunos países de Europa oriental. Posteriormente, con el cambio de paradigma geoestratégico, a partir de la década de los noventa², se aprecia un movimiento de actualización de las diferentes legislaciones en el mundo occidental, buscando un fortalecimiento y mejora en el ejercicio

² BRUNEAU, Thomas C. and BORAZ, Steven C.: «*Reforming Intelligence: obstacles to Democratic Control and Effectiveness*», University of Texas Press 2009.

de las actividades de inteligencia³. Esta orientación también se manifiesta con claridad en Iberoamérica⁴.

A este cambio han contribuido el nuevo escenario geopolítico mundial y regional, la aparición de nuevas amenazas, la revolución tecnológica, la consolidación y el fortalecimiento de los sistemas democráticos, la crisis económica y otros factores comunes o singulares. Todos ellos han impulsado a los Estados a dotarse de regulaciones normativas más específicas de las actividades de inteligencia⁵.

En síntesis, puede afirmarse que los servicios y actividades de inteligencia han tratado de progresar hacia una normalización jurídica propia del Estado democrático de Derecho⁶. Este objetivo se ha logrado en ocasiones y con diferentes niveles. En los limitados casos que se ha alcanzado este avance, se ha traducido en normas escritas que determinan las funciones, finalidades, estructura orgánica, procedimientos de actuación, controles externos e internos, acceso y régimen jurídico de los funcionarios adscritos, coordinación y colaboración entre los diversos departamentos de seguridad, presupuesto y gasto y proceso de clasificación y desclasificación de información⁷. Todo ello ha fortalecido la legitimación de las actividades de inteligencia mediante un mejor y mayor recurso al Derecho. Pero como ya he advertido, no siempre se ha logrado.

En efecto, porque no en pocos casos se han constatado prácticas no deseadas, con graves infracciones del Derecho, desencadenantes de escándalos

³ No deja de resultar paradójico que hablemos de someter y ampliar las actividades de inteligencia al Derecho, justo en el periodo de mayor desregulación vivido por el mundo occidental en los dos últimos siglos y precisamente referido a los organismos menos transparentes y hasta completamente secretos de estas arquitecturas jurídicas.

⁴ UGARTE, José Manuel: «*Actividades de inteligencia en América Latina: características, fortalezas, debilidades, perspectivas de futuro*», Revista Política y Estrategia, n.º 127, 2016; y, CURTI, Samanta: «*Reformas de los sistemas de inteligencia en América del Sur*», Disponible en https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=6f40d-de4-595d-3284-557d-1f73f78boe678&groupId=287460. Algunos ejemplos, Brasil, ya en 1999, pero desde entonces esta orientación también se manifiesta con claridad en varios países tales como Argentina y Perú en 2001, Chile en 2004, Guatemala en 2005 y Colombia en 2011, entre otros.

⁵ UGARTE, J. M., «*Legislación de inteligencia: Legitimidad y Eficacia*», Oficina en Washington para asuntos latinoamericanos, Ciudad de Guatemala, WOLA & SEDEM, 2000, en particular, pp. 11 a 17 y pp. 343 y ss.

⁶ BORN, H. / LEIGH, I., *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practice for Oversight of Intelligence Agencies*, Publishing House of the Parliament of Norway, Oslo, 2005, en particular p. 3 a 22.

⁷ DÍAZ FERNÁNDEZ, A. M., «*La función de los servicios de inteligencia*», en «*Introducción a los estudios de seguridad y defensa*» (C. de Cueto y J. Jordán coords.), Granada (Comares) 2001, p. 157.

políticos y de severa pérdida de legitimidad ante la opinión pública. A consecuencia de algunos de estos supuestos de manifiestas ilegalidades, se han desencadenado procesos de modificaciones legislativas, e incluso han provocado el cambio nominal de las correspondientes agencias de inteligencia y seguridad.

2.2. *El reto del contenido material: «calidad de las leyes»*

Por una parte, podría decirse que ahora es el momento de dotar a esta proliferación de normas específicas, de los atributos de calidad legislativa. Esto es, de taxatividad, seguridad jurídica y precisión del contenido regulado. Especialmente en materias tan sensibles como la intervención comunicaciones.

En este sentido se observa una demanda de desarrollo de las normas relativas a intromisión en la intimidad de los ciudadanos; la limitación del uso de las nuevas tecnologías; precisión del sistema de selección y acceso a los servicios; concreción del estatuto y régimen disciplinario; avances en la regulación de la organización, su adscripción y grado de autonomía técnica; y también en formalizar la coordinación y el funcionamiento en diferentes niveles de la comunidad de inteligencia⁸.

La necesidad de actualizar las legislaciones a los cambios tecnológicos, sociales políticos y normativos es otra exigencia ineludible. Durante la Guerra Fría y después justificándose en el nuevo terrorismo, ha marcado una etapa de sobre-clasificación de información. La doctrina norteamericana del «mosaico» consagró jurídicamente esta tendencia. Pero las sociedades actuales demandan una mayor transparencia, lo que comporta necesariamente reducir la expansión anterior de las materias secretas. Este giro social debe traducirse en normas que flexibilicen la desclasificación de información. Para ello deben contemplar mecanismos de desclasificación automática por el transcurso de tiempo, esto es, mediante un sistema de plazos correspondiente al grado de secreto dado a la información. Junto a estos deben contenerse fórmulas de desclasificación por acto expreso de la autoridad de clasificación⁹.

⁸ Cfr. la DM 2006/960/JAI de 18 de diciembre, *sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la UE (Iniciativa Sueca)*.

⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «*Información clasificada*», en «Conceptos fundamentales de inteligencia» (dir. A. Díaz Fernández), Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pags. 199 y ss.

Lamentablemente en esto España es una muestra de inmovilismo y de excepcionalidad frente al resto de países occidentales. En efecto, porque persisten disposiciones básicas pre-constitucionales, como la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 octubre (LSO) y desarrollada por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero (RSO). Esta legislación pretérita y obsoleta desde cualquier prisma ha de conciliarse, con serias dificultades, con el resto de la moderna legislación en la materia¹⁰.

3. ¿OBSOLESCENCIA DE LOS CONTROLES?

Por otra parte, existe un debate acerca de la obsolescencia de los controles, no bastando ya con su proclamación nominal. Esta tendencia hacia su refuerzo ni mucho menos significa desconocer la esencia del secreto como triple mecanismo de tutela legal: penal, procesal y administrativa, generando el deber de confidencialidad.

Pero, ¿qué hay que controlar? Pues no solo la legalidad de las actuaciones de los servicios, algo que se presume en un Estado democrático de Derecho. También es necesario ejercer un control de su eficacia y eficiencia. De modo que, dependiendo del órgano controlador, éste debe ejercer una clase de control, o al menos, un control preponderante¹¹. Así, mientras el poder judicial ejerce un control de legalidad, el gobierno y parlamento deben acentuar el ejercicio de los otros dos. Aquí debe apelarse, como aspiración cuanto menos, a la separación de poderes y a la posición que corresponde desempeñar a cada uno en el correspondiente marco constitucional.

A). Control judicial. En efecto, el poder judicial debe centrarse en el control de legalidad. En la actualidad precisa revisar los modelos preponderantes de control judicial sustentados en el *juez ad hoc* y el acceso

¹⁰ Así, por ejemplo, con LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI); Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia; Real Decreto 593/2002, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia; Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; y, Ley 36/ 2015 de Seguridad Nacional.

¹¹ Debe acentuarse el debate sobre la necesidad de conocimientos de los que ejercen el control, esto es, de unos conocimientos al menos básicos en estas materias. De otro modo, si no saben el qué han de supervisar, el control se degrada a una mera formalidad.

reservado a la información clasificada (revisión *in cámara*)¹². No resulta sencillo determinar quién decide en cada caso la prevalencia de los intereses en conflicto y aquí la posición constitucional del juez es decisiva. Podría sintetizarse diciendo que los términos del debate se presentan como un conflicto entre el poder ejecutivo y el poder judicial, con el trasfondo histórico de la inmunidad de los actos políticos. De aquí la importancia de desarrollar auténticos y completos mecanismos de control judicial.

Desde luego el juicio sobre el uso del secreto no se refiere sólo a si éste encubre acciones ilegales, sino también sobre si éste nos protege eficazmente y dentro de unos adecuados parámetros de eficiencia.

No obstante, perduran interrogantes complejos e insuficientemente resueltos explícitamente en las leyes. Por ejemplo, *¿qué ocurre cuando en el marco de una investigación el juez solicita información clasificada?*; *¿tiene un juez competencias y poder discrecional para decidir que asuntos afectan a la seguridad nacional y por consiguiente tener acceso a los mismos?*; *¿qué obligación prevalece en un proceso: el deber de mantener el secreto o el deber de colaboración con la justicia?* De este modo se formula un conflicto entre el acto de declaración del secreto y la pretensión de acceso al mismo. Es decir, el acceso de los jueces a las materias reservadas. No obstante, aunque expresiones del mismo conflicto, conviene distinguir dos manifestaciones distintas¹³.

La primera es la relativa a la tutela derechos individuales, es decir, a examinar si el funcionamiento de los servicios de inteligencia ha provocado indefensión en un ciudadano. Esta disputa jurídica se resuelve dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁴. Y, segunda, los supuestos en donde actividades, documentos o testimonios clasificados se erigen en prueba en un proceso penal, ya sean a petición de las partes o de oficio, que desde luego incluye el enjuiciamiento de posibles actos ilegales del

¹² Este es el modelo seguido en España, como se declaró en las trascendentes SSTs de 4 abril de 1997 (caso «*los papeles del CESID*»).

¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «*El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación*», en Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 4, 2013, págs. 3 y ss.

¹⁴ En España, por ejemplo, se han planteado en la STSJ Madrid (Sección 5.ª) de 13 marzo 2012 por el recurso frente a un expediente disciplinario aplicado a un funcionario del CNI. También en supuestos de denegaciones de la obtención de nacionalidad española, al sustentarse en información clasificada sobre relaciones y actividades, sin especificar. Así, las SSTs (Sala Tercera) de 21 enero 2004 y 27 octubre 2007. Y finalmente puede verse en supuestos de expulsión de un ciudadano extranjero, así en la STS (Sala tercera) de 26 octubre 2015.

ejecutivo¹⁵. Así pues, el proceso penal versa sobre «pruebas secretas» y la clasificación de información puede hasta usarse como un arma procesal¹⁶.

Dentro de la jurisdicción penal, ha ganado protagonismo en los últimos tiempos la llamada «*prueba de inteligencia*». Conlleva un trasvase de inteligencia al proceso penal. Podría decirse que se aprecia una normalización en su uso y una jurisprudencia mayoritaria complaciente en su admisión¹⁷. Pero persisten ciertas dudas e incógnitas que precisan ser aclaradas. Por ejemplo, si realmente se trata de una prueba sobre hechos o sobre probabilidades y valoraciones de riesgos (análisis de información). También requiere distinguir si su elaboración se ha realizado dentro o fuera del proceso penal. De igual modo si corresponde a un informe de inteligencia policial pero no formulado para la resolución de un hecho concreto conforme a un tipo penal, sino como una evaluación de riesgos y amenazas (situaciones *predelictuales*). Tampoco debería equipararse su admisión para ejercer el derecho de defensa y a la contradicción, de supuestos destinados a sustentar la acusación.

Su origen en España se remonta a la llamada *Sala del 61* del Tribunal Supremo al resolver asuntos de terrorismo de ETA y posteriormente se ha expandido hasta abarcar todas las modalidades de «*delitos de asociación*»¹⁸. La jurisprudencia mayoritaria le otorga valor probatorio, la admite como prueba de inteligencia policial y considerando su naturaleza como una pericial, pero de naturaleza muy singular por implicar «conocimientos específicos»¹⁹. Pero en la jurisprudencia minoritaria se contiene una im-

¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «*Intromisión en la intimidad y CNI. Crítica al modelo español de control judicial previo*», en «Inteligencia y Seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva», n.º 15, 2014, pags. 151 y ss.

¹⁶ En España, de interés, entre otras: Auto del Tribunal Supremo de 20 febrero 1995 (Sala Segunda), en relación al caso llamado «*de los fondos reservados*»; STS (Sala Segunda) de 29 julio 1998 (*caso Marey-GAL*); STS (Sala de lo Militar) 15/1998, de 30 marzo y STEDH 2002/31 (*Caso Perote*); SAP Álava 4 mayo 2003 y STS de 31 marzo 2004 (escuchas HB); SAP de Madrid, Sec. I.ª, n.º 61/2010, de 11 febrero y STS 1094/2010, de 10 de diciembre (*Caso Flórez*); AAN 17 noviembre 2014 (*caso vuelos secretos CIA*); S. Tribunal Militar Territorial Primero 12/015/11 (*caso Afganistán-Antena 3*); ATS de 11 enero 2018 (*Causa Especial 20907/17, Procés*); STS 116/2017, 23 febrero, y STC 97/2019, de 16 julio: *caso Falciani (origen de la información)*.

¹⁷ Así, entre otras, las SSTs 1215/2006, de 4 diciembre; 1025/2007, de 19 enero; 585/2007, de 20 junio; 783/2007, de 1 octubre; 124/2009, de 13 febrero; 985/2009, de 13 octubre; 480/2009, de 22 mayo; 209/2010, de 31 marzo; 197/2011, de 25 octubre.

¹⁸ Por ejemplo, SSTs 13 diciembre 2001; 19 julio 2002; 29 mayo 2003.

¹⁹ En este sentido, SSTs 783/2007, 1 octubre; 408/2009, 22 mayo; 13 octubre 2009.

portante crítica, principalmente porque la considera como prueba documental o testifical de referencia²⁰.

Habrà que esperar a algún supuesto donde la jurisprudencia examine informes de inteligencia de CNI o CIFAS, y si les otorga el mismo tratamiento que a los de origen policial²¹. En cualquier caso, ha de tenerse muy presente la doctrina sentada por el TEDH ya en el *caso Klass contra Alemania*, exigiendo que el acceso al proceso penal de cualquier prueba ha de serlo bajo control judicial previo: desde que se ordena, mientras se ejecuta, y se extiende hasta después de cesar.

En lo que existe un acuerdo total es que siempre se convierten en *casos difíciles*, porque nunca suele manejarse una única solución jurídica y porque además se asoma el razonamiento político acerca de la defensa de nuestra seguridad y de nuestras libertades. De aquí que en múltiples ocasiones estos casos acaben finalmente ante la jurisdicción constitucional y posteriormente acudan a instancias internacionales, en el caso europeo ante el TEDH y/o ante el TJUE.

B) Control gubernamental. Las competencias del Gobierno son fundamentalmente la iniciativa política y la toma de decisiones en materia de seguridad y defensa. En este contexto son determinantes instrumentos como las Directivas de Seguridad Nacional, la figura del Inspector General, las comisiones especiales de control²² o el procedimiento y competencia para nombrar la dirección de los correspondientes servicios. Debe evitarse un exceso de autonomía de los servicios, al menos el grave riesgo de actividades ocultas o de perseguir «objetivos propios». En el otro extremo, el peligro de la instrumentalización partidista o personalista de los servicios.

C) Control parlamentario. Por su parte, el control parlamentario se erige en el más importante, pues además de sus competencias legislativas debe permanecer siempre vigilante en materia de cumplimiento de la

²⁰ La crítica se justifica en que no consiste en un conocimiento experto ni en un saber cualitativamente distinto; solo significa una mayor cantidad de información y una apreciación que pertenece al «común saber empírico» (SSTS 26 septiembre 2005; 119/2007, 16 febrero; 13 octubre 2009). Solo es un «análisis de información» con doble efecto: selección de información y luego su análisis. Es una prueba doblemente indirecta: solo es referencial y solo proporciona indicios. Y hasta se aduce que sustituye las pautas de valoración de los jueces.

²¹ Advertir no obstante la absoluta prohibición de intervenciones prospectivas (STS 71/2017, de 8 febrero).

²² En el sistema español, el Art. 4 del RD 399/2020, de 25 febrero, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno, en concreto la Comisión Delegada para Asuntos de Inteligencia.

legalidad. Ahora bien, su función más importante de supervisión radica en sus funciones de control político de todos los actos del Gobierno. Es por tanto al que corresponde ejercer un control político externo y completo. Por ello es conveniente generar procedimientos formalizados para la elección de los integrantes de las correspondientes Comisiones de control. Y a su vez, regular el régimen de comparencias, visitas, documentación, y fiscalización presupuestaria²³. En este contexto también destacar el control de órganos independientes, como por ejemplo el Defensor del Pueblo. LO 1/1981, 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

4. LAS EXIGENCIAS OLVIDADAS DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD

Ya he reseñado la demanda creciente en nuestras sociedades de una mayor transparencia en la actuación de los poderes públicos. Esta proyección alcanza a esa área exceptuada de los secretos oficiales. Es decir, conduce en la actualidad a reforzar la naturaleza excepcional del secreto de Estado. Por consiguiente, debe reducirse a lo absolutamente imprescindible y por el tiempo estrictamente necesario, evitando cualquier abuso.

Y esta exigencia de publicidad y transparencia como regla general de la actuación de todas las administraciones públicas, hunde sus raíces en el derecho de información, clave del Estado democrático de derecho. A su vez, el derecho fundamental a la información enlaza con el imprescindible ejercicio de un control externo desde los medios de comunicación y desde la opinión pública, lo que permite saciar la loable aspiración de una cultura ciudadana de inteligencia.

Aunque sin espacio para desarrollarlo en este trabajo, debemos subrayar dos ámbitos significativamente complejos: el derecho fundamental a la información²⁴ y las denominadas «informaciones compartidas»²⁵.

²³ De interés la experiencia de las conocidas Comisiones McDonald (Canadá 1981), *Church y Pike* (USA); *Lund* (Noruega); *Hope I y Hope II* (Australia), en el Senado de los EE.UU. por el 11 S. En nuestro país la actual Comisión Mixta de Seguridad Nacional, el art. 16 del Reglamento del Congreso y la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 11 de mayo 2004, sobre secretos oficiales.

²⁴ Ampliamente en SERRA CRISTOBAL, R.: «*La seguridad como amenaza*», Valencia (Tirant lo Blanch), 2020.

²⁵ SWENSON, Rusell G.: «*Reflexiones sobre inteligencia: la autonomía de decisión, la rendición democrática de cuentas y los fundamentos para la supervisión*» (traducción de Brian Hughes y F. Javier Torres Ribelles). Artículo inédito para Insyde. A destacar la STJUE de 16 de julio 2016, sobre intercambio de datos entre la UE y los EE.UU., con prohibición de investigaciones prospectivas. Y la STJUE de 6 octubre 2020, que establece la excepción por amenaza grave para permitir la retención general e indiscriminada de datos de tráfico y de ubicación.

5. CONCLUSIONES: *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?*

En resumen, al debatirse acerca del grado de control adecuado sobre los servicios de inteligencia, no debe olvidarse la citada máxima latina. Porque sin duda se trata de organismos absolutamente legítimos y necesarios, pero también muy poderosos, y en consecuencia deben ser supervisados. Las tradicionales excusas apelando a su singularidad o a razones de seguridad, deben superarse articulando auténticos mecanismos de control. Y por supuesto la armonización y equilibrio de poderes no es una solución, sino una aspiración necesitada de concreciones legales y prácticas estables.

Objetivos de desarrollo sostenible y corrupción transnacional

Daniel Mario Laborde



*A Ignacio Berdugo, en modesto agradecimiento
por su notable proyección hacia América.*

I. ALARMAS SOBRE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS)

«Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las necesidades de las generaciones del futuro para satisfacer sus propias necesidades» (*Informe Brundland*).

LA EXPRESIÓN «DESARROLLO SOSTENIBLE» –acuñada en tal Informe, originalmente denominado «Nuestro futuro común»¹– responde al principio organizador con el que se procura articular sociedad, recursos naturales y bienestar económico. Desviaciones de la racionalidad han determinado un trance en la conjunción de los tres parámetros, y que en esencia es descripto por la frase reproducida: estamos viendo cara a cara nuestras obligaciones para con la vida de nuestros descendientes próximos.

Para su cumplimiento ha reaccionado la comunidad mundial, mediante distintas iniciativas que procuran como solución el equilibrio armónico entre bienestar social, cuidado del medio

¹ El documento es un referente de crítica al modelo económico internacional, la lógica de oferta y demanda y el consumo desmedido. NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. 1987. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N87/184/70/PDF/N8718470.pdf?OpenElement> Consultado el 1/8/21.

ambiente, y crecimiento económico; en una interacción que permita un ámbito que sea a la vez equitativo, viable y vivible.

Como aspectos generales del abordaje, puede señalarse que lo social pone énfasis, bajo una óptica humanista, en la paz, la igualdad, la prosperidad, y el efectivo respeto a los Derechos Humanos. Se enfatiza que el mero crecimiento económico –es decir: el aumento del Producto Bruto Interno– no es por sí una condición suficiente para un verdadero desarrollo. En ese orden es necesario, por ejemplo, una mejor distribución de la riqueza y un incremento en las oportunidades de ingreso personales. El panorama medioambiental exige compatibilidad entre la actividad del hombre y la preservación de ecosistemas y biodiversidad, en previsión inmediata de la degradación del planeta.

Existe al respecto una notable persistencia vocacional, que ha utilizado preferentemente el nivel *soft law* buscando el aseguramiento de tales fines. Los estudiosos se han manifestado a través de un gran cúmulo de normativas, generales o específicas sobre sub-temas, y se han dado cita en frecuentes reuniones del más alto nivel donde elaboraron cuantiosos documentos. En cierto modo, todo ese movimiento continuo también representa la falta de cumplimiento de las expectativas, pues se han sucedido diversos planes de acción como variaciones del mismo tema.

En prieta síntesis, puede decirse que, décadas atrás, estas cuestiones no significaban una profunda preocupación mundial, por lo cual su tratamiento se limitaba a aspectos operacionales sobre meteorología, y a la administración de los atributos naturales en países subdesarrollados, sin necesidad de considerar su mantenimiento. Así empezó a cumplir un rol relevante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), hasta que su Conferencia Científica sobre Conservación y Utilización de los Recursos propaló la primera luz roja en 1949, derivando la atención no sólo hacia la gestión sino también hacia la subsistencia de los recursos. El crescendo tuvo una nueva manifestación en 1968, y ya con mayor inquietud se planteó, a través del Consejo Económico y Social, la celebración de la primera reunión para tratar el estado del Medio Humano. El evento fue concretado en 1972 en Estocolmo, bajo el nombre Conferencia Científica de las Naciones Unidas, dando origen a la expresión «Cumbre de la Tierra», que ha caracterizado en continuidad a otros encuentros análogos. Sobrevinieron la Agenda 21 (1992), la correspondiente a Johannesburgo (2002), y Río + 20 (2012). Estrés hídrico, fuentes de energía renovables, regresión y degradación del suelo y salud pública, pasaron a ser algunos temas a discutir en el análisis global. El objeto quedó integrado con dinámica demográfica, transferencia de tecnología, medidas en favor de poblaciones indígenas, empoderamiento del rol de la mujer, cuidados de la infancia y

la juventud, entre otras. Se fijaron límites temporales de cumplimiento de los objetivos.

En la misma perspectiva, el Protocolo de Kyoto (1997) actuó la Convención Marco de las ONU sobre el cambio climático (1992), estableciendo metas vinculantes para emisiones de gases con efecto invernadero. Este candente asunto se halla hoy vigente en el Acuerdo de París (2016), que a través de un sistema de contribuciones nacionales propone reglas de mitigación, adaptación y resiliencia. Se incorpora como fundamento el respeto a los Derechos Humanos, y específicamente la transversalización de género y la equidad intergeneracional.

Asimismo, la Declaración del Milenio (2000), promueve el cumplimiento de pautas de seguridad, cooperación interestatal, observancia de tratados sobre desarme, concertación de medidas contra el terrorismo, y lucha contra la delincuencia organizada. Por su parte, los Objetivos del Desarrollo del Milenio se concretaron en orden a ocho prioridades adoptadas por la ONU, cuya consecución fue acordada para 2015. Algunas de esas metas fueron alcanzadas, otras no. Entre los logros figuran la reducción (temporal) de la pobreza extrema (sin que haya dejado de ser uno de los más graves asuntos a considerar); la dotación de agua segura a una parte necesitada de la población total (no a todas); la mejora en atención de salud materno-infantil. Pero persistieron severos inconvenientes en el medioambiente, salud general, participación empresarial en la corrupción pública, expectativas de crecimiento, etc. Por lo cual, en 2016 tuvo lugar la extensión hacia la obra titulada «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», que fija 17 propuestas y 169 metas a concluir en ese período². Como ejemplos: vuelven a estar en expectativa la pobreza, seguridad alimentaria, vida sana, educación inclusiva, igualdad de géneros, disponibilidad del agua, acceso a la energía, pleno empleo, industrialización con infraestructura e innovación, reducción de la desigualdad, ciudades sostenibles, seguras y resilientes, modalidades de consumo y producción, cambio climático, conservación y utilización de los océanos, desertificación y pérdida de la diversidad biológica. En el objetivo 16, en cuanto exige que los Estados «...promuevan sociedades pacíficas (...) proporcionen acceso a la justicia para todos y creen instituciones eficaces...» se halla ínsita la lucha contra la corrupción.

Transitamos actualmente la denominada «Década de la Acción», proyectando acelerar el movimiento ante la cercanía del vencimiento del

² PNUD. *Objetivos de desarrollo sostenible*. Recuperado de <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html> Consultado el 1/8/21.

término y en vista a magros resultados: conforme al Informe producido por la ONU sobre el seguimiento de los ODS correspondiente al 2020³, «...los esfuerzos mundiales realizados hasta la fecha han sido insuficientes para lograr el cambio que necesitamos, poniendo en peligro la promesa de la Agenda a las generaciones actuales y futuras». (del «Prólogo»). Es correcto que se registraron alivios en determinados rubros (índice de escolaridad, incidencia de enfermedades transmisibles, presencia de la mujer en funciones directivas), pero también empeoramientos en otros (inseguridad alimentaria, deterioro de la naturaleza, niveles de desigualdad en todas las regiones).

«Ha habido en el mundo tantas pestes como guerras y sin embargo, tanto pestes como guerras encuentran al mundo desprevenido.» (Albert Camus, *La peste*).

La exigua resolución del hombre frente a su problemática antropológica –se agrega lo antropotécnico– quedó expuesta en este dossier, sobre todo en la parte referida al entorno de Covid-19. Naturalmente, la falta de un sistema eficiente en el resguardo de los ODS se amplió en la pandemia. Con certitudes en términos de riesgo, se publican predicciones espantables: 71 millones de personas quedarán incorporadas a la miseria. El subempleo y el desempleo determinarán un descenso del 60% en los ingresos de aproximadamente 1600 millones de trabajadores vulnerables (la mitad de la fuerza laboral existente). Más de 1000 millones de residentes de barrios marginales se encuentran en condición de acentuado peligro de contagio. Interrupción de servicios sanitarios y de vacunación podrían ocasionar cientos de miles de fallecimientos de niños menores de cinco años y decenas de muertes maternas adicionales. Los niños de comunidades pobres corren un peligro mucho mayor de ser captados por el trabajo y tráfico infantil; probablemente empeore el retraso en su crecimiento, y aumentará la posibilidad de emaciación. Cierres de centro de enseñanza han afectado a 1570 millones de estudiantes (90%). Mientras, el cambio climático continúa evolucionando de modo muy superior al previsto. Se acentúa la acidificación de los océanos, continúa la degradación del suelo, la extinción amenaza a especies masivas, y predominan los patrones insostenibles de consumo y producción.

³ NACIONES UNIDAS. *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*. Recuperado de https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf Consultado el 4/8/21.

II. IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA TRANSNACIONAL

«... la pobreza no genera corrupción. La corrupción genera pobreza y la riqueza exporta corrupción.» (Fabián Caparrós, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*).

Como es harto conocido, la corrupción ha alcanzado la nefasta característica de ser una contracultura infiltrante que en tiempos de conexión instantánea se propala en toda la Tierra. El fenómeno ha sido descrito con exactitud en pocas palabras: «explosión de la corrupción»⁴. Particularmente, su faz transnacional mantiene una identidad tridimensional que comprende el mercado global. Estas conductas comprometen circunstancias vitales, aprovechando los intersticios y las asimetrías de la modernidad (o posmodernidad, según se prefiera) y su derivada sociedad del riesgo, con gran fluidez allende fronteras. La percepción especializada brinda anualmente detalles de su irrefrenada expansión fenomenológica: el índice correspondiente a Transparencia Internacional de 2020⁵ indica que la mayoría de los países evaluados no han registrado ningún avance en el combate a la venalidad en casi una década, y más de dos tercios obtienen una baja puntuación. Se estima que el costo de la cleptocracia equivale a USD 3,6 billones anuales⁶. Es más: otras investigaciones revelan que, a igual nivel de desarrollo, la diferencia en la recaudación por ingresos tributarios ronda el 4% del PBI en favor de los gobiernos menos corruptos⁷.

Haría falta un complejo transdisciplinario para abarcar la comprensión del problema; pero aún esos solos datos económicos resultan obviamente probatorios de la obstrucción que provoca la corrupción sobre los ODS⁸

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española*. Estudios de Deusto. Vol. 63/1. Enero-Junio 2015. Pág. 232. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171985.pdf> Consultado el 10/8/21.

⁵ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. CPI 2020: Resumen global. Recuperado de <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2020-global-highlights> Consultado el 10/8/21.

⁶ WORLD ECONOMIC FORUM. *Corruption is costing the global economy \$3.6 trillion dollars every year*. 2021. Recuperado de <https://www.weforum.org/agenda/2018/12/the-global-economy-loses-3-6-trillion-to-corruption-each-year-says-u-n> Consultado el 12/8/21

⁷ FMI. *Informe anual del FMI 2019: nuestro mundo conectado*. Recuperado de <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2019/eng/assets/pdf/imf-annual-report-2019-es.pdf> Consultado el 10/8/21.

⁸ UNODOC. *Corrupción y desarrollo sostenible*. Recuperado de http://www.anticorruptionday.org/documents/actagainstcorruption/print/corr18_fs_DEVELOPMENT_es.pdf Consultado el 23/8/21.

(y también, claro está, sobre los Derechos Humanos). El ilícito más significativo es el cohecho pactado entre corporaciones y servidores públicos extranjeros o internacionales en transacciones comerciales⁹, que afectan a más de la mitad de las exportaciones mundiales. Para ello, las empresas cuentan con ventajas posicionales: pormenores de la *lex mercatoria*, ubicación *off shore*, capturas corporativas, *forum shopping*, legislación simbólica, poderío por influencias y presiones. Este delito, pese a su origen convencional, ha sido adjetivizado como «fracaso continuado», por no haber recibido adecuado nivel de atención por parte de los signatarios, conforme surge de los seguimientos oficiados por el propio organismo impulsor, e instituciones análogas¹⁰. En los datos más actualizados¹¹ se puede vislumbrar –con optimismo austero– una lenta tendencia a revertir la situación; sin embargo, de momento sólo cuatro países realizan una aplicación acti-

⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: tirant lo blanch, 2003. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana». Universidad de Salamanca: 2018. Págs. 73/91. Crónica de hechos relevantes en RAMÍREZ BARBOSA y FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*. Bogotá: tirant lo blanch, 2019. Págs. 19/47.

¹⁰ OCDE. OCDE (2015), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es> (modo de cita solicitado). Consultado el 16/8/21.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Exportar corrupción: Reporte de Avance de 2015. Evaluación de la Convención de la OCDE para Combatir el Soborno Transnacional*. Berlín: Transparency International, 2015. Recuperado de https://images.transparencycdn.org/images/2015_ExportarCorrupcion_Reporte_ES.pdf Consultado el 19/8/21. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS WORKING GROUP ON BRIBERY IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS. *G20 Anti-Corruption Working Group Action Plan 2019-2021 and Extract from G20 Leaders Communiqué*. 3, primer párrafo. Recuperado de [https://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=https%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fofficialdocuments%2Fpublicdisplaydocumentpdf%2F%3Fcote%3DDAF%2FWGB%2FRD\(2018\)10%26docLanguage%3DEN&anno=2&pre v=search](https://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=https%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fofficialdocuments%2Fpublicdisplaydocumentpdf%2F%3Fcote%3DDAF%2FWGB%2FRD(2018)10%26docLanguage%3DEN&anno=2&pre v=search) Consultado el 18/8/21.

¹¹ OCDE. *Lutter contre l'infraction de corruption transnationale: La Convention sur la lutte contre la corruption et le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption*. 12/2018. Recuperado de <http://www.oecd.org/fr/corruption/Luttercontreinfraction-corruption-transnationale.pdf> Consultado el 23/8/21.

OCDE (2017), *La Detección del Cohecho Internacional*, Ediciones OCDE, París. <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery-ESP.pdf> (formato de cita solicitado). Consultado el 26/8/21.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Exporting corruption: Progress report 2020: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*. Recuperado de <https://images.transparencycdn.org/images/A-slim-version-of-Exporting-Corruption-2020.pdf> Págs. 9/11. Consultado el 28/8/21.

va; nueve la han cumplido moderadamente, quince limitadamente, y diecinueve han demostrado poco o ningún interés.

La corrupción internacional se gesta con empaque señorial, pero aprovecha también la indigencia rampante de estancados derredores. Sus modos más comunes involucran servicios públicos esenciales, extractivismos, residuos peligrosos y, ya aliadas con la criminalidad organizada, venta de armas y tráfico de sustancias psicoactivas.

Por otra parte, la amenaza por Covid-19 se duplica con la probabilidad de corrupción, máxime con los vulnerables¹². La concentración de poder en razón de la urgencia en la toma de decisiones implica excepciones a derechos y libertades fundamentales y a la vez disponibilidad de grandes cantidades de dinero; el marco es entonces propicio para prácticas indebidas que distorsionan la libre competencia, provocan la desigualdad de la atención sanitaria, aminoran la necesaria confianza de la población, y llevan el potencial de causar graves daños en la salud. Quedan las expectantes vidas y las padecientes muertes a merced de la inmoralidad que califica sus motivos determinantes: baste recordar las recientes necesidades en la utilización del triaje para la atención hospitalaria¹³.

III. RESPUESTA PROCESAL-PENAL: LA LÍNEA DEL MEMORANDO YATES

El Derecho Penal Moderno ha traído nuevos rasgos que parecen haber llegado para quedarse, pero sobre los que no se pueden descartar completamente algunas crisis¹⁴. La responsabilidad penal de las personas jurídicas,

¹² MARIN MRČELA. *Corruption Risks and Useful Legal References in the context of COVID-19*. GRECO. Recuperado de <https://rm.coe.int/corruption-risks-and-useful-legal-references-in-the-context-of-covid-1/16809e33e1> Consultado el 26/8/21. TRANSPARENCY INTERNATIONAL *Corrupción y Coronavirus*. Recuperado de <https://www.transparency.org/es/news/corruption-and-the-coronavirus> Consultado el 26/8/21

¹³ SIAATI. *Raccomandazioni di Etica Clinica per l'Ammissione a Trattamenti Intensivi e per la loro Sospensione, in Condizioni Eccezionali di Squilibrio tra Necessità e Risorse Disponibili*. Recuperado de <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> Consultado el 12/8/21.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA INTENSIVA. *Recomendaciones Éticas para la Toma de Decisiones en la Situación Excepcional de Crisis por Pandemia COVID 19 en las Unidades de Cuidados Intensivos*. Recuperado de https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/Ética_SEMICYUC-COVID-19.pdf [consultado el 12/8/21).

¹⁴ HASSEMER, W. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. RECPC 26-06 (2018). Págs. 1/30. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46402.pdf> Consultado el 11/8/21.

compliance y decomiso forman un cortejo con normas adjetivas introductorias de la delación premiada, acuerdos de colaboración eficaz, modos anormales de finalización del proceso, ampliación reglada del principio de oportunidad y justicia negociada. Seguramente, en numerosos casos, esas herramientas podrán ser útiles para fundar la sanción merecida, necesaria y preventiva; pero en la búsqueda de la eficacia habrá siempre cierta inclinación de la acción pública y resignación de límites garantistas¹⁵. Con un escenario prontamente montado sin intermediación y sin publicidad, la verdad consensuada prevalece a la verdad real. Quizás no deba desdeñarse la realidad; sobre todo cuando puede ser reemplazada por datos producidos con asimetría de poder entre las mayores empresas –cuya existencia siempre será ideal– y varios gobiernos. Aquí, el sur, tierra de abundantes recursos naturales, poco dinero, democracias imperfectas y altos índices de corrupción, es probable que resulte muy dificultoso ser justo, si el mundo de la justicia se desplaza hacia el mundo de los negocios.

Sobre todo, si también ocurre en el norte. El 9 de septiembre de 2015, la Fiscal General

Adjunta del Departamento de Justicia de EE.UU., Sally Quillian Yates, emitió un documento titulado «Responsabilidad individual por irregularidades corporativas», (comúnmente conocido como el Memorando Yates¹⁶), diseñado para reafirmar el compromiso de responsabilizar a los ejecutivos por la mala conducta corporativa. Probablemente se haya respondido de esta manera a las críticas ocasionadas por el inicio de actuaciones contra entidades, sin procesamiento a ningún directivo. Se acepta allí que una de las formas más eficientes de combatir la corrupción es investigar a las personas humanas. Ese «rendir cuentas» es importante por varias razones que conviene reiterar pese a constituir una «...verdad de Perogrullo...»¹⁷: disuade la actividad ilegal futura, incentiva cambios en el comportamiento empresarial, asegura que las partes adecuadas sean responsables de sus acciones y promueve la confianza del público.

El punto de giro copernicano implica un formidable desafío frente a la responsabilidad difusa por decisiones tomadas en varios niveles, asentadas

¹⁵ FERRÉ OLIVÉ, J. C. *El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6474537> Consultado el 11/8/21.

¹⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2015). *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*. 2015. Recuperado de <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> Consultado el 14/8/21.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Yates Memorandum*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho. N° 4, 2015. Recuperado de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/304361/394039> Consultado el 26/8/21.

en un número ingente de documentos que a veces no son fáciles de conseguir, incluso por restricciones legales. Con lo cual, no es simple llegar a demostrar si alguien poseía el conocimiento y la intención criminal necesarios para establecer su culpabilidad más allá de una duda razonable. Especialmente si se trata de directivos que pueden estar aislados de la actividad diaria donde se concreta la conducta desviada.

Lo cual, lejos de ser un óbice, puede resultar un incentivo para los fiscales con decisión vocacional, que a su mano tienen una batería de medidas instructorias locales y convencionales, y cuentan con cooperación internacional. A eso apunta el Memorando a través de la conformación de un grupo de funcionarios séniores, identificando áreas susceptibles de cambios, y promoviendo seis pasos clave: las corporaciones deberán proporcionar todos los hechos relevantes como condición para acceder a créditos de colaboración, las pesquisas deben centrarse desde sus comienzos en las personas físicas, los funcionarios mantendrán comunicación rutinaria entre sí, en ausencia de circunstancias extraordinarias no se eximirá a los individuos de su responsabilidad, no se resolverá la situación de la persona jurídica sin un plan claro para determinar los supuestos particulares relacionados, y los especialistas estatales en lo Civil deben evaluar constantemente la procedencia de demandas.

He aquí un modelo a considerar en el acaso de las naciones menos favorecidas. Seguramente harán falta adecuaciones y complementos que podrán ser paulatinamente incorporados a las posibilidades. La negociación en la justicia debe admitirse sólo en casos de indiscutible imposibilidad material de recolección de elementos de cargo. Y en cualquier supuesto, exige una instrucción preparatoria suficiente como para llegar a las tratativas en las mejores condiciones a que hubiera lugar. Formación teórica, experiencia práctica y atrevimiento funcional resultarán pilares del empeño, orientado a la prevención del presente y salvaguarda de las próximas generaciones.

IV. CONCLUSIÓN

Resulta muy claro que los Objetivos de Desarrollo Sostenible revisten la importancia de su cumplimiento insoslayable para la promoción humana y la existencia futura sobre la Tierra. Resulta asimismo muy claro que la corrupción pública transnacional ha llegado a un peligroso nivel conspirativo contra esos propósitos; por lo tanto, su combate configura un reto sin precedentes. En esa perspectiva, instando a superar inercias discursivas u operativas, corresponde no otorgar ventajas estratégicas a las

empresas participantes. Es imperativo afinar el modo de investigación, en procura de la verdad real, dirigido a las personas físicas que las componen, sin desplazar la responsabilidad del ente ideal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española*. Estudios de Deusto. Vol. 63/1. Enero-Junio 2015. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171985.pdf>
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana». Universidad de Salamanca: 2018.
- DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS WORKING GROUP ON BRIBERY IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS. *G20 Anti-Corruption Working Group Action Plan 2019-2021 and Extract from G20 Leaders Communiqué*. 3, primer párrafo. Recuperado de [https://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=https%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fofficialdocuments%2Fpublicdisplaydocumentpdf%2F%3Fcite%3DDAF%2FWGB%2FRD\(2018\)10%26docLanguage%3DEn&anno=2&prev=search](https://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=https%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fofficialdocuments%2Fpublicdisplaydocumentpdf%2F%3Fcite%3DDAF%2FWGB%2FRD(2018)10%26docLanguage%3DEn&anno=2&prev=search)
- FABIÁN CAPARRÓS, E. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: tirant lo blanch, 2003.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. *El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6474537>
- FMI. *Informe anual del FMI 2019: nuestro mundo conectado*. Recuperado de <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2019/eng/assets/pdf/imf-annual-report-2019-es.pdf>
- HASSEMER, W. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. RECPC 26-06 (2018). Págs. 1/30. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46402.pdf>
- MARIN MRČELA. *Corruption Risks and Useful Legal References in the context of COVID-19*. GRECO. Recuperado de <https://rm.coe.int/corruption-risks-and-useful-legal-references-in-the-context-of-covid-1/16809e33e1> Consultado el 26/8/21. Transparency International *Corrupción y Coronavirus*. Recuperado de <https://www.transparency.org/es/news/corruption-and-the-coronavirus>
- NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. 1987. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N87/184/70/PDF/N8718470.pdf?OpenElement>
- NACIONES UNIDAS. *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*. Recuperado de https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf

- OCDE (2015), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es> (modo de cita solicitado)
- OCDE. *Lutter contre l'infraction de corruption transnationale: La Convention sur la lutte contre la corruption et le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption*. 12/2018. Recuperado de <http://www.oecd.org/fr/corruption/Lutter-contre-infraction-corruption-transnationale.pdf>
- PNUD. *Objetivos de desarrollo sostenible*. Recuperado de <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>
- RAMÍREZ BARBOSA, P. y FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*. Bogotá: tirant lo blanch, 2019.
- SIAATI. *Raccomandazioni di Etica Clinica per l' Ammissione a Trattamenti Intensivi e per la loro Sospensione, in Condizioni Eccezionali di Squilibrio tra Necessità e Risorse Disponibili*. Recuperado de <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. *Yates Memorandum*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho. Nº 4, 2015. Recuperado de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/304361/394039>
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA INTENSIVA. *Recomendaciones Éticas para la Toma de Decisiones en la Situación Excepcional de Crisis por Pandemia COVID 19 en las Unidades de Cuidados Intensivos*. Recuperado de https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/Ética_SEMICYUC-COVID-19.pdf
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Exportar corrupción: Reporte de Avance de 2015. Evaluación de la Convención de la OCDE para Combatir el Soborno Transnacional*. Berlín: Transparency International, 2015. Recuperado de https://images.transparencycdn.org/images/2015_ExportarCorrupcion_Reporte_ES.pdf
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. CPI 2020: Resumen global. Recuperado de <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2020-global-highlights>
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL *CORRUPCIÓN Y CORONAVIRUS*. Recuperado de <https://www.transparency.org/es/news/corruption-and-the-coronavirus>
- UNODOC. *Corrupción y desarrollo sostenible*. Recuperado de http://www.anticorruptionday.org/documents/actagainstcorruption/print/corr18_fs_DEVELOPMENT_es.pdf
- U.S. Department of Justice (2015). *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*. 2015. Recuperado de <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>
- WORLD ECONOMIC FORUM. *Corruption is costing the global economy \$3.6 trillion dollars every year*. 2021. Recuperado de <https://www.weforum.org/agenda/2018/12/the-global-economy-loses-3-6-trillion-to-corruption-each-year-says-u-n>

Breves apuntes sobre el dolo y, en particular, sobre el dolo eventual

Carlos Julio Lascano*



-I-

EN PRIMER LUGAR, agradezco a los discípulos del Profesor Dr. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE la generosa invitación a participar de este *Liber Amicorum*, como merecido homenaje a su extraordinaria labor académica, con motivo de su próxima jubilación.

Tuve el honor de conocer personalmente a Ignacio cuando en enero de 1995 fui su alumno en la primera cohorte de la Especialización en Derecho Penal que él dirigió en la Universidad de Salamanca, de la cual era su Rector Magnífico. Dos años después volví a esa querida Casa de Altos Estudios para realizar una investigación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante una beca *Intercampus*; durante los meses de febrero y marzo de 1997 pude trabajar con total comodidad gracias a la gran hospitalidad del Rector Profesor Berdugo, quien tuvo el enorme gesto de facilitarme el uso de su despacho de Catedrático en el Campus Miguel de Unamuno. También me permitió conocer de cerca sus enseñanzas como maestro y las de los más destacados miembros de la Escuela de Derecho Penal que Ignacio ha construido. Allí nació nuestra amistad que valoro como un preciado regalo de la vida pues me brindó la posibilidad de compartir la relevante trayectoria profesional y las elevadas cualidades personales de nuestro homenajeado.

* Profesor titular de Derecho Penal –Parte General, Facultad de Derecho– Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

En el año 2001 el Profesor Berdugo codirigió con Luis A. Arroyo Zapatero el Libro Homenaje al Profesor Marino Barbero Santos, en cuyo aporte¹ refiere que el consejo de su maestro fue decisivo en que optara por desarrollar su propia carrera académica en la Universidad de Salamanca. Allí agrega: «No olvidaré nunca sus palabras al día siguiente de haber obtenido yo la cátedra salmantina, cuando una vez más, con su magisterio, me recordó lo que debe ser un profesor universitario, lo que su actividad tiene de compromiso exclusivo y excluyente con esta Institución, cómo el pluralismo, el respeto por la opinión discrepante, la independencia frente al poder, debe ser la guía de todos los que un día asumimos el compromiso de generar saber y transmitirlo. Espero, ya muchos años después, haber mantenido una trayectoria acorde con el magisterio que recibí y recibo de su palabra, de sus escritos y de su trayectoria personal». No cabe duda alguna que como aventajado discípulo de don Marino, Ignacio ha enseñado y enseña un Derecho Penal comprometido con el ser humano y sus derechos fundamentales.

—II—

El concepto de dolo, su contenido, su ubicación sistemática en la teoría del delito, sus clases y su distinción con la culpa o imprudencia, son temas centrales de la Parte General del Derecho Penal, que en la dogmática jurídico-penal han dado lugar a una multiplicidad de soluciones en doctrina y en jurisprudencia. La delimitación entre dolo e imprudencia es uno de los problemas más importantes y difíciles del Derecho Penal. Resulta importante porque de dicha distinción depende o bien la punibilidad misma del hecho, como sucede en la mayoría de los casos a raíz de la ausencia de una conminación penal para el delito imprudente, o bien, por lo menos, la intensidad de la pena. Y es especialmente difícil porque aún se discute cuáles deberían ser los criterios para efectuar esa delimitación, en particular respecto del dolo eventual.

Abordaré el tema elegido partiendo del dolo en general y de su vinculación con la buena o mala fe con que actúa una persona al momento de realizar un hecho que la ley describe como delictivo. En el diccionario de la lengua castellana podemos leer: «buena fe: Rectitud, honradez.// Der. Convicción en que se halla una persona que hace o posee alguna cosa con

¹ *El consentimiento en las lesiones veinte años después*, en «Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *In Memoriam*», dirigido por Luis A. ARROYO ZAPATERO e IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Volumen II, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 45 y 46.

derecho legítimo. // mala fe: Doblez, alevosía. // 2. Der. Malicia o temeridad con que se hace una cosa o se posee o detenta algún bien. /// a la buena fe: loc. Adv. Con ingenuidad y sencillez; sin dolo o malicia».

De allí resulta que la expresión *buena fe* y su antónima *mala fe*, admiten ser utilizadas en sentido objetivo y subjetivo. En su primera acepción de «rectitud, honradez», la buena fe equivale a la noción de «corrección», como parámetro de conducta a la que deben adecuarse los destinatarios de la prohibición o del mandato; se trata de la buena fe *en sentido objetivo*.

Ella se contrapone al *concepto subjetivo* de buena fe, que encuentra su presupuesto normal en el error o en la ignorancia de ciertos hechos o normas. Este segundo significado, *excluyente de la malicia o del dolo*, alude a la convicción del sujeto de estar actuando con derecho, o sea, legítimamente. Por el contrario, quien o bra con malicia o dolo, lo hace con *mala fe*.

Sin olvidar que en el Derecho Penal argentino la expresión *buena fe* ha sido empleada en sentido objetivo para denotar el bien jurídico protegido en ciertos delitos, como lo hizo el Proyecto de Código Penal de Sebastián Soler de 1960 (Título VIII, *De los delitos contra la buena fe en los negocios*), en adelante habré de referirme al sentido subjetivo de la buena o mala fe para abordar su vinculación con el dolo.

Relata el Génesis que Dios, después de haber creado al hombre y a la mujer los colocó en el jardín del Edén, donde hizo brotar toda clase de árboles y en medio del jardín, el árbol de la vida y el árbol del conocimiento del bien y del mal. Luego, Dios impuso al hombre una prohibición bajo amenaza de sanción: «Puedes comer de todos los árboles del jardín; pero del árbol del conocimiento del bien y del mal no comas; porque el día en que comas de él, quedarás sujeto a la muerte».

Cuando Adán y Eva –inducidos por la serpiente– infringieron la norma divina, el Creador los juzgó y los condenó con este fundamento: «Y el Señor Dios dijo: El hombre es ya como uno de nosotros en el conocimiento del bien y del mal; ...».

Como se advierte a partir de ese relato bíblico, la responsabilidad del ser humano por sus hechos ilícitos descansa en su conocimiento del bien y del mal, es decir el discernimiento de la licitud o ilicitud de su comportamiento.

La creencia del autor acerca de la licitud de su conducta determina que ésta sea calificada *de buena fe*; por el contrario, si el sujeto activo obra con conciencia de la ilicitud de su comportamiento se puede decir que ha actuado con *mala fe*.

En el ámbito de la ilicitud penal esa mala fe –denominada *dolo*– debe caracterizar subjetivamente a la conducta humana que infringe la norma primaria dirigida al ciudadano, que le prohíbe o le ordena realizar determinado comportamiento bajo amenaza de pena.

-III-

Aunque en el primitivo Derecho romano regía la responsabilidad objetiva, en las épocas intermedia y tardía ya se exige dolo para los delitos castigados con pena pública, mientras que para los privados bastaba con la culpa. En la doctrina penal de la Europa continental –a diferencia del Derecho angloamericano– se afianza hasta llegar al siglo xx la distinción, frente a la culpa, del concepto de dolo como forma más grave de culpabilidad, consistente en la voluntad consciente de cometer el hecho delictivo.

Como es bien sabido, a causa del proceso de escisión del dolo que a partir de FRANK se produjo en la dogmática penal del hasta ese momento milenario e incólume fenómeno llamado *dolus malus* –compuesto de lo que hoy conocemos como dolo natural más la conciencia de antijuridicidad– el llamado dolo natural o «de tipo» –junto con la imprudencia– pasaron a la parte subjetiva del tipo complejo, mientras que la *conciencia de antijuridicidad*, debió permanecer dentro de la estructura de la culpabilidad, como se mantiene hasta nuestros días.

El Código Penal argentino carece de una definición legal del dolo. Como acertadamente enseñan JORGE DE LA RÚA y AÍDA TARDITTI² la elaboración de un concepto de dolo ha tenido serias dificultades para la elaboración de su contenido, pero desde la perspectiva dogmática es indispensable diferenciarlo de la culpa o imprudencia porque la política criminal seguida por el sistema de nuestro Código Penal consiste en que *la regla es el dolo y la excepción es la culpa*, lo que es fácilmente advertible ya que cuando se requiere de la culpa los tipos se configuran aludiendo expresamente a ella con expresiones como «imprudencia», «negligencia», «impericia», «inobservancia de los reglamentos», lo que sucede excepcionalmente en la previsión de los delitos contemplados en la Parte Especial y en las leyes penales complementarias.

Siguiendo la posición de ROXIN podría conceptualizarse al dolo –ubicado en el tipo subjetivo– como *el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo*³. Teniendo en cuenta que entre éstos se encuentra la *imputación objetiva*, debemos interrogarnos si los criterios normativos de dicha teoría son relevantes para el dolo. Tales criterios consisten en que para imputar el resultado a la acción, ésta tiene que haber creado para el bien jurídico un riesgo no permitido y, además, este peligro

² DE LA RÚA J./TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 413.

³ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas Luzón Peña –Díaz y García Conlledo– De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 308.

jurídicamente desaprobado haya sido el que realizó el resultado delimitado por el tipo dentro del ámbito de protección de la norma.

Se plantea así un serio problema derivado del concepto de riesgo jurídicamente no permitido o prohibido (primer nivel y verdadera piedra angular de la imputación al tipo objetivo), el cual está representado por su articulación con la categoría de la antijuridicidad y su conciencia. El tema de si el conocimiento del carácter «no permitido», «prohibido» o «jurídicamente desaprobado» del peligro creado por el comportamiento del sujeto activo debe ser objeto del conocimiento exigido por el dolo constituye una cuestión que no es pacífica en la doctrina.

Para mi querido maestro JORGE DE LA RÚA en la ya mencionada obra en coautoría con AÍDA TARDITTI⁴

la calidad de lo no permitido debe tratarse de modo similar a los elementos normativos que no implican tampoco una valoración global (injusto total), como sucede con las exigencias acerca de que la conducta captada por el tipo contrarie otras regulaciones (v. gr., la portación de armas «sin autorización»). Ello así porque si bien el criterio para deslindar entre *riesgos permitidos* y *no permitidos* es el filtro de mayor importancia de característica normativa para seleccionar si una acción dotada de capacidad causal respecto del resultado tiene relevancia para el ámbito delimitado por el tipo, no implica todavía un juicio de disvalor entre lo que se realiza y el ordenamiento jurídico total como sucederá en el nivel de la antijuridicidad, sino al conjunto de las reglas no penales que regulan una determinada actividad (legislativas, estándares científicos o técnicos, combinación entre parámetros objetivos e individualizadores cuando no se trate de actividades reguladas por reglas jurídicas o estándares científicos o técnicos, que son las que fijan los contornos de los riesgos «no permitidos»). En relación a ellas basta con el criterio de la *valoración paralela del lego o profano*, o, por el contrario, cuando éste no proporciona posibilidad alguna de captar la significación social de lo que se hace, será necesario del conocimiento de la regulación (no penal) en sus contornos generales.

Por mi parte, al sostener una construcción bimembre de la teoría del delito que considera a las causas de justificación como elementos negativos del tipo, considero que el concepto de antijuridicidad ha sido absorbido dentro de la dimensión objetiva del tipo –lugar donde siempre debió ser considerada desde el momento de la incorporación de la imputación objetiva– con lo cual han sido removidos los obstáculos para que la conciencia de antijuridicidad, que antes se encontraba en el ámbito de

⁴ DE LA RÚA J./TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, pp. 438 y 439.

la culpabilidad, pase nuevamente a integrar el ámbito del dolo. La razón es muy simple: si el dolo resulta ser *el conocimiento y la intención de realización de los presupuestos objetivos del tipo* y lo que conocemos como antijuridicidad de una acción se encuentra dentro del ámbito del tipo objetivo, integrando un concepto más amplio como es el de la imputación objetiva, *el conocimiento y la voluntad del obrar antijurídico no es otra cosa que una parte sustancial del fenómeno normativo que llamamos dolo –dolus malus, si se quiere– aunque esta designación, en este nuevo marco, carecería sustancialmente de importancia práctica.* Con ello, volvemos a una idea inicial: si el sujeto activo obra con **conciencia de la ilicitud** de su comportamiento (*comprensión de la criminalidad del acto*, según el art. 34 inc. 1.º de nuestro Código Penal), se puede decir que ha actuado con *mala fe*, o sea, con *dolo*.

Ello nos permite liberarnos para la caracterización del dolo de la discusión relacionada con la intensidad del conocimiento y la voluntad, que sólo serán aditamentos para establecer las formas más fuertes del dolo, pero no para conceptualizar al dolo en sí mismo.

Además, en buena medida nuestra formulación implica una normativización del dolo frente al «dolo neutro» del finalismo y de la mayoría de los autores del postfinalismo que aunque no comparten el ontologismo de la teoría de Welzel conservan su metodología del tipo subjetivo como uno de los componentes del tipo complejo. Ello reproduce el proceso de normativización de la culpabilidad frente a la concepción psicológica propia del positivismo jurídico. No obstante, ello no implica adherirme a la denominada «doble posición del dolo» sostenida por prestigiosos autores alemanes y españoles, según la cual el dolo natural se ubica en el tipo subjetivo y el dolo normativizado que supone el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*) se encuentra en la culpabilidad (imputación personal para Mir Puig).

–IV–

El **dolo eventual** se diferencia de las otras dos clases de dolo –*dolo directo o de primer grado* y *dolo indirecto o de segundo grado*– en que, por una parte, el sujeto no pretende directamente realizar el hecho típico, y por la otra, sabe que *no es seguro, sino solamente probable* –por ello, una *eventualidad*– que con su conducta realice el ilícito penalmente típico. Como existe la imprudencia o culpa consciente (o con representación), en la que el autor también prevé la *probabilidad* de realizar el hecho típico, la doctrina se ha dividido sobre qué requisito adicional se debe exigir en el

dolo eventual para que sea un auténtico dolo, distinto y más grave que la imprudencia consciente, pese a que no haya un pleno conocimiento o una completa voluntad de parte del sujeto activo.

—V—

Sin duda uno de los temas más controvertidos de la dogmática penal es la **naturaleza jurídica del denominado dolo eventual**, para analizar si está o no justificado castigar con la misma pena que la prevista para las acciones con resultados intencionales, aquellas acciones que sin ser intencionales generan un riesgo previsible de que se produzcan determinados resultados lesivos.

En los años ochenta del siglo pasado JUAN BUSTOS RAMÍREZ⁵, por entonces destacado catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona, se oponía a la caracterización como dolo del llamado «dolo eventual» porque sostenía que desde el punto de vista político-criminal no era razonable castigar con la misma pena las conductas intencionadas de afectación de un bien jurídico, que aquellas otras que ponían en riesgo el bien jurídico pero no pretendían lesionarlo intencionalmente. Como siempre sucede, había ejemplos que reforzaban la diferencia y otros que no. En esos años aparecieron comportamientos de alto riesgo para la vida y la integridad física de las personas, como fueron las apuestas y carreras para conducir a toda velocidad durante la noche por las carreteras en la dirección opuesta a la prescripta; en este caso algunos veían una conducta grave pero no tanto como para ser castigados sus autores, si se producía una muerte, con la pena prevista para el homicidio doloso. Un ejemplo que puede hacernos dudar de la anterior intuición es un conocido caso ampliamente difundido en la dogmática alemana: unos mendigos de origen ruso mutilaban a sus pequeños hijos para producir más lástima en los transeúntes y conseguir mayores limosnas; como consecuencia de dichas mutilaciones algunos niños morían. Ésta era una consecuencia no intencional de la acción de sus padres pues para sus fines les servían los niños mutilados, no los niños muertos; pero ¿hay razones para considerar tales comportamientos equiparables penalmente a las conductas intencionales propias del dolo directo?

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pp. 181 y 182.

-VI-

La valiosa tesis doctoral de GABRIEL PÉREZ BARBERÁ⁶ en la Parte Tercera nos brinda un completo panorama sobre la evolución histórica del instituto objeto de su estudio, distinguiendo, en primer lugar, el período clásico en Alemania, y en segundo término, la discusión actual en dicho país.

Respecto del período clásico alemán sostiene⁷ que el principal representante de la teoría del «*dolus indirectus*» fue Benedikt Carpzov, quien la expuso en 1635, pero su origen se remonta a los juristas prácticos italianos de la Edad Media (particularmente Bartolus de Saxoferrato y Baldo de Ubaldis), así como a los españoles Gómez y, fundamentalmente, Diego de Covarrubias. Pese a los distintos matices desarrollados por los mencionados autores había un objetivo básico común: ampliar el estrecho ámbito reservado para el dolo por el Derecho romano –limitado a los casos de intención directa– buscando también imputar al dolo ciertos sucesos no directamente queridos por el autor pero que, conforme al curso natural de las cosas, cabe esperar que se produzcan como consecuencia de la acción efectivamente perseguida. Ello respondía a dos clases de necesidades: político-criminalmente era evidente que existían hechos no intencionales que no podían ser imputados como culpa, sino que eran equiparables a los directamente queridos por el autor. Probatoriamente, estos juristas sostenían que existían considerables dificultades para acreditar en el proceso penal el *animus occidendi*. Covarrubias fue reconocido como el verdadero fundador de la teoría del *dolus indirectus*, pues apoyándose en Santo Tomás de Aquino se refería a una *voluntad indirecta* del autor con relación al resultado no querido pero objetivamente previsible, sin exigir que se represente la posibilidad, probabilidad o necesidad de esa consecuencia accesoria. A través de dicho jurista español la teoría ingresa a Alemania de la mano de Carpzov, quien –como lo destaca RAMON RAGUÉS⁸– acentúa el aspecto objetivo de aquella pues llega a prescindir de una efectiva relación cognitiva entre autor y consecuencia accesoria.

Sobre todo por la influencia de Feuerbach –quien criticó duramente a la teoría del *dolus indirectus*– ésta, que había sido dominante en Alemania durante el siglo XVII y parte del XVIII, llegando a ampliar como nunca el ámbito del dolo, en el siglo XIX prácticamente desaparece de la escena, porque predominan las teorías de la voluntad contrarias al dolo eventual.

⁶ PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

⁷ PÉREZ BARBERÁ, G., ob. cit., p. 160 y ss.

⁸ RAGUÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 56.

Si bien Feuerbach extendió el dolo a casos en que no existe una intención directa de cometer el hecho, su posición era contraria a asumir como dolo lo que actualmente se entiende por dolo eventual.

Como sostiene DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA⁹ durante el siglo XIX y hasta principios del siglo XX la doctrina estuvo dividida entre la «teoría de la voluntad o del consentimiento» y la «teoría de la probabilidad o de la representación»; después se impuso la primera, exigiendo por lo tanto un elemento volitivo en el dolo, siendo doctrina dominante hasta los años setenta del siglo XX. Actualmente la exigencia de voluntad sigue siendo mayoritaria en doctrina (Roxin, entre otros) y jurisprudencia, pero ha aumentado el sector que, no sólo para el dolo eventual sino para el dolo en general rechaza la exigencia de voluntad y considera que basta con el conocimiento o representación –en un determinado grado– de que se pueden o se van a realizar los elementos objetivos del tipo (Schmidhäuser, Jakobs, Frisch, Kindhäuser, Bottke, Gimbernat Ordeig, Silva Sánchez, Laurenzo Copello, entre otros).

Fueron frecuentes los intentos de combinar las dos principales teorías, del consentimiento y de la probabilidad, mediante *fórmulas mixtas o eclécticas* (Blei, Bockelmann/Volk, Eser, Jescheck, Stratenwerth, Mir Puig, Bacigalupo, Zugaldía Espinar) como exigir que el sujeto se tome en serio, de verdad cuente con la posibilidad, sea consciente de la probabilidad de realizar el tipo y se conforme con ella, la acepte. Pero para la mayoría de ese sector no se trata de exigir conciencia de la probabilidad pero además aceptación, pues eso supondría desembocar en la teoría del consentimiento (salvo cuando no haya probabilidad sino mera posibilidad), sino de considerar que, si el sujeto considera realmente probable (o posible pero en concreto) el hecho, si se lo toma en serio y de verdad cuenta con él, *por eso mismo también* lo acepta y se conforma con el mismo; y a la inversa, si lo descarta, si confía en que no se produzca, es que no lo concibe como realmente probable, no cuenta con él, no se lo toma en serio.

–VII–

Coincido con LUZÓN PEÑA¹⁰ quien sostiene que en las últimas décadas se ha extendido la que se puede denominar «teoría restringida del consentimiento o de la aceptación», defendida dentro de una teoría mixta que

⁹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Dolo y dolo eventual: reflexiones*, en «Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *In Memoriam*», dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Volumen I, p. 1109.

¹⁰ Ob. cit., p. 1125.

considera correcta. Esta posición entiende que –por coherencia con el dolo directo y para distinguirse con suficiente fundamento material, por su más grave desvalor de acción, de la imprudencia consciente– el dolo eventual requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento de la eventual producción del hecho, pero que mediante una *valoración objetivo-normativa* se puede restringir lo que se entiende por aceptación/ no aceptación. La restricción más usual e importante consiste en considerar que la aceptación o consentimiento no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho –considerando que esa confianza meramente subjetiva no es una auténtica confianza, sino una esperanza o deseo jurídicamente irrelevante– sino que **la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente**, aunque errónea, en que no se produzca el hecho.

De este modo lo que importa no es la actitud interna del autor –de difícil captación segura– sino que, a pesar de conocer el grave peligro de realización del resultado como consecuencia de su obrar, el sujeto ha *querido* seguir actuando, implicando ello su conformidad con el resultado, lo que encierra una *dimensión volitiva a la que no se debe renunciar*. Por ello, no basta sólo con el indicador consistente en el nivel de riesgo conocidamente creado por el autor.

En consecuencia, resulta preferible la combinación de ambas teorías porque la de la *probabilidad* aporta datos objetivos al juicio sobre el dolo y responde a la idea sobre lo que, lo que la norma prohíbe, no es tanto la producción de resultados lesivos, sino la realización consciente y aceptada de conductas altamente peligrosas para los bienes jurídicos. Pero la teoría del *consentimiento*, entendida de manera restringida, también es valiosa, porque explica que la aceptación sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada de modo objetivo, aunque errónea, de que no se produzca el hecho.

Sin embargo, compartiendo las enseñanzas de JORGE DE LA RÚA y AÍDA TARDITTI¹¹ entiendo que esa caracterización es *insuficiente* para predicar la admisión del dolo eventual en relación a todos los tipos penales y que una extensión semejante convertiría al dolo eventual en la forma básica o común del dolo, concepción con la que no concuerdo. Por ello, se preferible una *admisión selectiva* que resulte de un recorrido ejemplificativo en procura de identificar tipos que son compatibles con el dolo eventual y no con el dolo directo ni con la culpa.

De entre esos ejemplos, he elegido el siguiente: el delito de aborto sólo se prevé a título de dolo en sus diferentes tipos; entre ellos encontramos el

¹¹ Ob. cit., pp. 470 a 475.

que se refiere a aquel «*que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare*» (art. 87 C.P., según ley 27.610¹²). Resulta claro por el tenor literal que ese dolo no es compatible con la intención, con lo cual la forma de dolo admitida allí es el dolo eventual porque la consecuencia (muerte del niño por nacer) cognitivamente es una probabilidad no remota dado lo notorio del embarazo y el empleo de violencia contra la persona gestante; desde lo volitivo no puede decirse que dicha muerte era el objetivo principal ni colateral como sucede con el dolo directo. Este tipo delictivo de aborto con dolo eventual tiene conminada en abstracto una pena inferior a la de otros tipos de aborto en la legislación penal argentina.

La importancia de la elaboración a través de la Parte Especial arroja que, en general, el legislador castiga más gravemente el dolo que la culpa y, muy frecuentemente, también en más el dolo directo que el dolo eventual; de allí la importancia de no convertir en generalizable a esta clase de dolo, más aún cuando la tentativa de un delito sólo admite el dolo directo.

¹² B.O. 15/01/2021.

Mi deuda

Manuel Morán González



Y O ERA UN MAGISTRADILLO de provincias que se acercó un día a la **Cátedra de Derecho Penal** de la **Universidad de Salamanca**, expresando su interés en colaborar en el ámbito académico. **Ignacio Berdugo**, que así se llamaba su **catedrático**, celebraba semanalmente reuniones de Departamento para debatir sobre casos prácticos de la *Teoría Jurídica del Delito*; y en alguna ocasión me preguntaba mi opinión, a lo que yo respondía con alguna broma para disimular mis carencias en esa diabólica materia. Pasado un tiempo, el magistradillo se sorprendió con una oferta que le hacía Berdugo para ir a impartir clases a la **República de El Salvador** a jueces y fiscales en el ámbito de un proyecto de **Cooperación al Desarrollo** de USAID dirigido por **Jorge Obando**. Tal vez lo que pretendía el Catedrático era obligar al **juececillo** a estudiar la *dogmática* del **Derecho Penal** de una vez por todas, antes de aterrizar en esa **república de la bendita Centroamérica**. A partir de esa primera experiencia, el magistrado cada vez fue frecuentando más aquellos países del **Triángulo Norte de la Violencia**, y encontró en ellos durante décadas la **amistad** de su buena gente, el **reconocimiento profesional**, la **escucha activa y sosegada**, la **generosidad**, la **alegría** y, en ocasiones, hasta el **amor...todo eso que le debo a Ignacio**.

La jurisdicción penal universal al servicio de la Corte Penal Internacional: utopía o realidad

Manuel Ollé Sesé

Profesor (titular acreditado) de Derecho penal y Derecho penal internacional

Universidad Complutense



I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

EL PROFESOR IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ha demostrado su sabiduría jurídica a lo largo de toda su obra, como se glosa en este libro que rinde homenaje a toda una vida profesional, y también personal, dedicada al Derecho penal y a la docencia universitaria. Su preocupación científica, traspasa las fronteras del Derecho penal, y se adentra en el complejo sistema del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho penal internacional.

Su libro, *La justicia transicional en Brasil, el caso de la guerrilla de Araguaia*¹, es, entre otros, ejemplo del compromiso del catedrático BERDUGO con estas dos últimas materias y una reivindicación del Derecho penal internacional, como herramienta de *Justicia* para la investigación y enjuiciamiento de los más grave crímenes internacionales.

El planteamiento del maestro BERDUGO es ejemplar. Desarrolla con originalidad, y desde bases científicas, aspectos tan controvertidos como el rol del Derecho penal internacional, su relación con los procesos transicionales, la tutela judicial de las víctimas de aberrantes crímenes, y la construcción de una propuesta jurídica *del caso*, que desciende de la teoría a la práctica. El profesor vallisoletano, desde el respeto a los principios

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *La justicia transicional en Brasil, el caso de la guerrilla de Araguaia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2017.

y garantías irrenunciables del Derecho penal nacional e internacional, se adentra en el ofrecimiento de soluciones jurídicas para que la impunidad se sustituya por la acción de la Justicia justa.

Este espíritu del profesor BERDUGO, y a la sombra de su luz, me empuja a dibujar algunas ideas para que el actual sistema de justicia penal internacional sea más eficaz, cuando ni las jurisdicciones nacionales ni la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), actúan en la realización de la acción de la justicia.

La investigación y el enjuiciamiento efectivo, imparcial y en un tiempo razonable, de crímenes internacionales de primer grado –como el genocidio, crimen de lesa humanidad, de guerra o de agresión– y, en su caso, la ejecución de la pena impuesta a sus autores, es una obligación internacional *erga omnes* derivada del carácter o estatus de *ius cogens* de la norma gestada y alumbrada en el Derecho internacional (convencional o consuetudinario)² que define esos crímenes internacionales de primer grado³. Se trata, como bien describe BERDUGO, de «una norma imperativa de derecho internacional general, de una norma de obligado e inmediato cumplimiento anterior al contenido de los tratados y al del derecho interno de los Estados»⁴.

Estos cuatro crímenes son los únicos sobre los que detenta en la actualidad competencia *ratione materiae* la CPI, de acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI o ER). Pero esto, no significa que no existan otros injustos internacionales, también de naturaleza de primer grado, como la tortura, la desaparición forzada de personas, la esclavitud la piratería o el apartheid.

La obligación internacional de investigar y enjuiciar estos crímenes es nacional e internacional. Los primeros llamados a satisfacerla son los

² No obstante, la costumbre se ha cristalizado progresivamente en instrumentos internacionales escritos y en normas penales nacionales, satisfaciendo plenamente, y ya sin discusión, las exigencias de taxatividad y certeza. Exigencias extraordinariamente cuestionadas por parte de la doctrina en el derecho consuetudinario. Ejemplo de ello, es el citado artículo 5 ECPI, en el que se volcaron sistemáticamente las normas de Derecho penal internacional consuetudinario. V., sobre esto, OLLÉ SESÉ, M.: «Principios generales», *Derecho Penal Internacional*, A. Gil Gil y E. Maculan (dirs.), 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 104 a 106.

V. una reflexión sobre crímenes internacionales de «ius cogens» y obligaciones «erga omnes» en OLLÉ SESÉ, M.: *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 101 a 140.

³ Sobre el concepto de crimen internacional de primer grado V. OLLÉ: *Crimen internacional...op. cit.*, pp. 152 a 160.

⁴ BERDUGO: *La justicia...op. cit.*, p. 132.

Estados donde se cometieron los hechos. Y, sólo en el caso de que éstos no quieran o no puedan someterlos a sus órganos jurisdiccionales, la investigación y enjuiciamiento se internacionaliza. Los tribunales nacionales ceden, así, el paso jurisdiccional a la CPI. También y, en su caso, tribunales penales internacional *ad hoc* –como fueron en su día los ya extintos de la ex Yugoslavia y el de Ruanda– o híbridos e internacionalizados –como la Corte Especial de Sierra Leona o el Tribunal o el Tribunal Especial para El Líbano, entre otros– juzgan crímenes internacionales de primer grado, gracias al impulso y colaboración de las Naciones Unidas o a los acuerdos alcanzados entre ésta y los gobiernos de los Estados afectados.

No obstante, la investigación y enjuiciamiento supranacional no se agota en las cortes penales internacionales, sino que también las jurisdicciones nacionales, al amparo del principio de jurisdicción universal, pueden –y deberían– juzgar crímenes internacionales de primer grado. La naturaleza de estos crímenes genera, como obligación para la comunidad internacional, su enjuiciamiento.

De estos cuatro escenarios jurisdiccionales –CPI, tribunales *ad hoc*, híbridos y jurisdicción universal– el más operativo en el marco teórico, pero no en el práctico, es la CPI. Tribunal que está inmerso en los últimos años en un importante debate sobre su eficacia. Los condicionantes y las presiones políticas a la CPI; sus limitaciones jurisdiccionales; el papel del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en la Corte; el foco judicial proyectado especialmente en el continente africano; la ineficacia de las órdenes de detención dictadas (caso *Al-Bashir*, por ejemplo); las amenazas de algunos Estados en abandonar la CPI cuando les afecta una investigación (por ejemplo, Filipinas), son factores que sumergen a la CPI en una profunda crisis sobre su plena legitimidad.

Los otros dos tribunales (*ad hoc* y mixtos), no gozan ni de permanencia ni de ejecutividad porque su creación depende del dictado de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o del acuerdo, o «contrato», entre Naciones Unidas y el Estado afectado, o del impulso de Naciones Unidas.

Ante este panorama en el sistema de justicia penal internacional, la jurisdicción universal se revela como un escenario real y efectivo para el enjuiciamiento de crímenes internacionales de primer grado. Las jurisdicciones nacionales actúan en representación de la comunidad internacional y en interés de ésta, amparadas en el beneficio supranacional común de todos los Estados de proteger bienes jurídicos universales⁵.

⁵ En este trabajo se entiende el principio de jurisdicción universal –diferenciándolo del de jurisdicción como el «derivado del Derecho internacional, que basado en

Por ello, en esta contribución propongo que la CPI asuma la jurisdicción universal, como parte de su sistema de complementariedad en los supuestos que describo seguidamente.

II. SITUACIONES Y CASOS DESECHADOS POR LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

I. *El rol discrecional y el rol imperativo de la Fiscalía*

La investigación de una *situación* y un *caso* en el seno de la CPI depende de diferentes y específicos criterios⁶. Su Fiscalía es la encargada de decidir si la inicia. El principio rector que mueve esta decisión es la presencia de «fundamento razonable»⁷, estos es, de «una justificación sensata o razonable para creer que *se ha cometido o se está cometiendo* un crimen de competencia de la Corte»⁸. Si se cumplen los requisitos legales previstos en el artículo 53 ER la Fiscalía albergará, al menos en un principio, el *deber jurídico* de iniciar la investigación.

Esta labor de la Fiscalía, sin embargo, está condicionada por desiguales criterios que conducirán a aceptar o desechar una *situación* y/o un *caso*, aun siendo competente la CPI. A tal efecto, la Fiscalía de la CPI divide su análisis, estudio y decisión sobre el inicio de una investigación en dos partes: la primera recae sobre la *situación*, y la segunda sobre el *caso*. El sistema procesal de la CPI distingue entre *situación* y *caso*. Aquélla se identifica con el contexto temporal y territorial en el que se han cometido los hechos; y el *caso*, que surge de la *situación*, se dirige a los hechos atribuidos penalmente a una persona determinada.

el interés supranacional común de los Estados de proteger bienes jurídicos universales que afectan al orden social internacional, posibilita a los tribunales nacionales ejercer la jurisdicción penal, en representación de la comunidad internacional y en interés de ésta, para investigar y enjuiciar crímenes internacionales de primer grado, cometidos fuera de su territorio nacional por personas físicas o jurídicas, o para cooperar con otros Estados en su investigación y enjuiciamiento, sin sujeción a ningún vínculo de conexión entre el hecho y el Estado que lo aplica; y de forma relativamente subsidiaria y complementaria a los tribunales nacionales el lugar donde se cometió el hecho» (OLLÉ: *Crimen internacional... op. cit.*, pp. 205 y 206).

⁶ Sobre el proceso en la CPI v. BELTRÁN MONTOLIU, A.: «El proceso ante la Corte Penal Internacional», *Derecho penal internacional*, A. Gil Gil y E. Maculan (dirs.), 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 491 a 519.

⁷ Artículo 15.6 ECPI y para. 80 PPE (v. nota 9).

⁸ ICC, PTC II, «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya», ICC-01/09, 31 March 2010, para. 35.

Los criterios que la Fiscalía sigue en su rutina laboral están plasmados en el *documento de política general sobre exámenes preliminares* o *Policy Paper on Preliminary Examinations*⁹ (en adelante, PPE) y en el *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*¹⁰ (en adelante, PPC), referidos a *situaciones* y *casos*, respectivamente. Ambos documentos, en esencia similares, están elaborados de conformidad con el propio ER, las Reglas de Procedimiento y Prueba, los reglamentos de la Corte y de la propia Fiscalía, los documentos internos de ésta y su experiencia¹¹. Los principios generales que inspiran la actuación de la Fiscalía son los de independencia, imparcialidad y objetividad¹².

Este examen preliminar se compone de diferentes fases¹³. La *fase 1*¹⁴ se centra en evaluar la información recibida en y con las *comunicaciones* para advertir su «seriedad» y acotar inicialmente las situaciones que puedan ser competencia de la CPI¹⁵. Esta información la recibe el Fiscal, por la remisión efectuada (*referral*) por cualquiera de los actores que puede activar una *situación* en la CPI: i) un Estado Parte; o ii) el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹⁶; o iii) un Estado no Parte que ha aceptado la competencia de la Corte (artículo 12.3 ECPI). Si es el propio Fiscal el que inicia la investigación de oficio (con el control de la Sala de cuestiones Preliminares), la información la poseerá *motu proprio* o se la habrá facilitado por personas, Estados u organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales (artículos 13 a 16 y 18 ER).

La *fase 2* se centra en comprobar si la CPI es competente¹⁷ (artículo 53 ECPI). Para ello, la Fiscalía –si el procedimiento ha sido activado

⁹ Documento elaborado en noviembre de 2013. El examen concluye con una decisión de la fiscalía motivada y pública (paras. 73 a 92 PPE).

Puede consultarse en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf

¹⁰ De 15 de septiembre de 2016. Puede consultarse en: https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf

¹¹ Para. 1 del PPE y del PPC.

¹² Paras. 16 a 23 PPE y 25 a 33 PPC.

¹³ Sobre el protocolo a seguir, v. paras. 73 a 92 PPE.

¹⁴ V. paras. 78 y 79 PPE.

¹⁵ V. para. 78 PPE.

¹⁶ La *referral* del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es una excepción al foro de competencia *ratione loci*, ya que El Consejo –sea o no Parte del ER el Estado donde se haya cometido el hecho, sea o no el sujeto activo procesal nacional de un Estado Parte, haya o no aceptado la competencia de la CPI el Estado de comisión– siempre dispondrá de esta posibilidad.

¹⁷ El ECPI utiliza el término competencia de forma similar al de jurisdicción en el derecho interno español, en el que, como es sabido, los dos conceptos son diferentes.

correctamente— realiza una «completa evaluación fáctica y jurídica de los crímenes» alegados en la *situación*, con dedicación especial a los «crímenes cometidos en gran escala, como parte de un plan o en cumplimiento de una política»¹⁸.

La Fiscalía verificará si los hechos: i) han sido cometidos después del 1 de julio de 2002 o después de la fecha de ratificación o adhesión del ER por parte del Estado donde se cometieron (competencia *ratione temporis*, artículos 11 y 24 ECPI); ii) si son susceptibles de calificarse de genocidio, crimen de lesa humanidad¹⁹, crimen de guerra o de agresión (competencia *ratione materiae*, artículo 5 ECPI y artículo 124 o cláusula *opting out*, respecto de los crímenes de guerra); iii) presuntamente fueron cometidos por persona mayor de 18 años (competencia *ratione personae*, artículo 26 ER); y iv) si se perpetraron en el territorio de un Estado Parte en el ER o por un nacional suyo, o acaecieron en el territorio de un Estado que no sea Parte, pero que haya aceptado la competencia de la CPI (competencia *ratione loci*, artículo 12 ER)²⁰.

Si se confirma la competencia de la CPI para conocer la situación se pasa a la *fase 3* o de *admisibilidad*²¹. La Fiscalía examinará, en primer lugar, la llamada *complementariedad*²². El artículo 17 ECPI se encarga de fijar las condiciones del ejercicio jurisdiccional de la CPI, desde su naturaleza supletoria, en caso de concurrencia con una jurisdicción nacional. La Corte inadmitirá un *asunto* si existe en curso una investigación o enjuiciamiento en el *Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento*²³ *no pueda realmente hacerlo* (artículo 17.1. a) ER); o cuando el asunto haya sido objeto de investigación por el *Estado que tenga jurisdicción sobre él* y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona que se trate porque no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (art. 17.1. b) ECPI)²⁴. Por ello, para el PPE lo relevante es centrarse en la

A lo largo de su articulado, el ER si se refiere a la acción judicial nacional de los Estados, emplea jurisdicción; y si alude a la acción judicial que despliega la CPI, utiliza competencia. V. *infra*, nota 36.

¹⁸ Para. 81 PPE.

¹⁹ V. sobre este crimen BERDUGO: *La justicia...op. cit.*, pp. 131 a 138.

²⁰ V. paras. 6 y 36 a 41 PPE.

²¹ V. para. 82 PPE.

²² El penúltimo párrafo del preámbulo y el artículo 1 ECPI proclaman que la CPI «será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».

²³ La versión española del ECPI no incluye incomprensiblemente la traducción de los términos «genuinely» o «véritablement» que sí aparecen en el texto inglés y francés respectivamente, para calificar a la investigación nacional como seria.

²⁴ V. paras. 47 a 58 PPE.

Sobre la complementariedad v. MACULAN: *La Corte...op. cit.*, pp. 89 a 100.

autenticidad de las investigaciones o enjuiciamiento de las jurisdicciones nacionales afectadas²⁵.

El PPE reduce el examen de *complementariedad* a las personas «más responsables» o «de mayor responsabilidad»²⁶ «de los crímenes más graves que se hayan cometido»²⁷. El segundo elemento de la *admisibilidad* que examina la Fiscalía de la CPI es el umbral de la «gravedad». Ésta se fijará desde consideraciones «cuantitativas y cualitativas»²⁸ según la *escala, naturaleza, la manera* de comisión de los crímenes y su *impacto*, y teniendo en cuenta los *casos* que puedan surgir en el transcurso de la investigación de esa *situación*²⁹. Parte de la doctrina fundamenta este límite procesal en razones de economía procesal, para no investigar crímenes de menor entidad, ni sobrecargar a la Corte³⁰.

Una vez superado los criterios de *competencia* y de *admisibilidad*, en la fase 4³¹, y última, se evaluará el «interés de la justicia» (artículo 53.2 c) ER), entendido por la Fiscalía como una «consideración compensatoria»³², de tal forma que si –a pesar de la gravedad del crimen y/o los intereses de las víctimas– no existen razones sustanciales para creer que la investigación no redundaría en el interés de la justicia, ésta no se iniciará³³. Los únicos elementos que ofrece este último precepto del ECPI para evaluar el *interés de la justicia* son «la gravedad del crimen, los intereses de las

²⁵ V. paras. 8, 23 y 58 PPE; y artículo 20 ECPI.

Sobre la consideración de un procedimiento serio y efectivo, y la cosa juzgada fraudulenta. V. OLLÉ: *Crimen internacional...op. cit.*, pp. 119 a 125; y OLLÉ SESÉ. M.: «Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales», *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, Isabel Turégano Masilla (ed.), Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pp. 99 a 113.

²⁶ V. paras. 8, 42 y 45 PPE.

²⁷ Para. 49 PPE.

²⁸ Para. 61 PPE.

²⁹ Para 61 PPE; y V. paras. 62 a 66 PPE.

Sobre la escala, naturaleza, manera e impacto de los crímenes v. *infra* notas 38 a 44. En este particular, los criterios de los dos documentos (PPE y PPC) son semejantes.

La jurisprudencia de la CPI sobre este criterio, que está ausente en el ECPI, no es pacífica. V. ICC, AC, *Situation in the democratic Republic of the Congo*, «Decision on the Prosecutor's Application form Warrants of Arrest, Article 58», ICC-01/04, 13 July 2006, paras. 68 a 82.

³⁰ WERLE, G. y JESSBERGER, F.: *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.^a ed., 2017, p. 197.

³¹ V. para 83 PPE.

³² Para. 10 PPE.

³³ V. paras 67 a 71 PPE.

V. *Policy Paper on the Interests of Justice*, ICC-OTP, 2007. Consultar en: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotinterestsofjustice.pdf>

víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el crimen». Estamos ante un concepto indeterminado que se convierte en un *cajón de sastre* en el que por criterios de oportunidad de cualquier índole, especialmente políticos, se puede frustrar la acción de la justicia penal internacional ante la CPI³⁴. La discrecionalidad del poder del Fiscal no deja lugar a dudas, salvo que excepcionalmente sea limitado por la Sala de Cuestiones Preliminares de oficio o a instancia del Estado remitente del asunto o del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (artículo 53.3 a) y b) ER).

La decisión de la Fiscalía de aceptar la *situación* continúa con la selección y priorización de casos, sobre la base de los criterios expuestos en el citado documento PPC³⁵. Los *casos* deben superar –como en el examen las *situaciones*– los criterios legales de jurisdicción o competencia³⁶, y los de admisibilidad (complementariedad y gravedad) y de interés de la justicia³⁷.

Después, la Fiscalía decidirá qué *casos* selecciona. Para ello, se basará, en primer lugar, en la *gravedad del delito*, siguiendo las pautas del examen preliminar, pero de forma más estricta, basándose también en criterios cuantitativos y cualitativos, como «la escala³⁸, la naturaleza³⁹, la forma de comisión⁴⁰ y el impacto de los delitos⁴¹»⁴². En segundo lugar, en el «grado

³⁴ Con razón la doctrina ha tildado a esta causa de inadmisión como «válvula de escape» (v. MACULAN: *op. cit.*, p. 95 y 96).

³⁵ V. *supra*, nota 10.

³⁶ Este documento titula los parágrafos 26 y ss. PPC «jurisdicción» y no competencia. V. *supra* nota 17.

³⁷ V. paras 24 a 33 PPC.

³⁸ Por ejemplo, el número de víctimas, el daño causado a las mismas, y la duración de los hechos y el ámbito geográfico afectado (para. 38 PPC).

³⁹ Se refiere a los elementos fácticos de cada delito, como asesinatos, delitos sexuales, de género, cometidos contra niños, de persecución o de imposición de condiciones de vida a un grupo para destruirlo (para. 39).

⁴⁰ Como los medios utilizados, su planificación, el abuso de poder oficial, la especial crueldad, vulnerabilidad de las víctimas, la discriminación, la violencia sexual o de género, o la destrucción del medio ambiente (para. 40).

⁴¹ Por ejemplo, la vulnerabilidad de las víctimas, terror infundido o daño social, económico y ambiental infligido a las comunidades afectadas; y especialmente si el resultado ha sido, entre otros «la destrucción del medio ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o el despojo ilegal de tierras» (para 41).

⁴² Para 37 PPC.

de responsabilidad de los presuntos responsables»⁴³. Y, en tercer lugar, en la tipología delictiva⁴⁴.

Una vez seleccionados los casos, la Fiscalía procede a priorizar los ya elegidos, para garantizar, según el artículo 54.I. b) ER, la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes, sobre la base de criterios estratégicos y operativos⁴⁵.

Todos los criterios expuestos conducen a concluir en que, aun con el eventual control de la Sala de Cuestiones Preliminares, el Fiscal de la CPI actúa en la decisión de iniciar una investigación y en la selección y priorización de casos de forma relativamente discrecional⁴⁶, lo que le confiere un carácter omnipoderoso.

2. *Recapitulación*

Los argumentos apuntados demuestran que la Fiscalía, aun concurrendo los criterios legales de activación de una *situación* –y siendo plenamente competente la CPI– puede abortar el inicio de una *investigación* o de un *caso* atendiendo al difuso criterio de *gravedad* o al indeterminado concepto de *interés de la justicia*.

También la Fiscalía, por imperativo del ECPI, y sin margen de discrecionalidad alguno, veta el acceso a la CPI de aquellos casos en los que es competente *ratione materiae*, pero no *ratione temporis*, y/o *ratione personae* y/o *ratione loci*⁴⁷; o en los que los hechos son constitutivos de un crimen internacional de primer grado, pero no de genocidio, ni de lesa humanidad, ni de guerra, ni de agresión⁴⁸. O, incluso, podría hacerlo si el

⁴³ Se concreta en perpetradores de «nivel medio y alto», pero con la finalidad de «sentar las bases probatorias contra los principales responsables», y sin perjuicio de enjuiciar a los de nivel inferior si su conducta ha sido particularmente grave o notoria (para. 42 PPC). Sobre la noción de máximo responsable v. para 43.

⁴⁴ La Fiscalía tratará que sea «una muestra representativa de los tipos de victimización y de las comunidades afectadas por los delitos» (para 45). Y especialmente delitos de exigua persecución como los proyectados contra los niños, delitos sexuales o de género o los ataques contra objetos culturales, religiosos, históricos y otros bienes protegidos, así como contra el personal de operaciones peacekeeping (para 46 PPC).

⁴⁵ V. 47 a 52 PPC.

⁴⁶ El para. 5 PPC reconoce la discrecionalidad de la Fiscalía.

⁴⁷ BERDUGO: *La justicia...op. cit.*, pp. 145 a 151, plantea el interesante problema del principio de legalidad y la prescripción respecto de los crímenes del pasado.

⁴⁸ Otros ejemplos –y, por razones de espacio, sin ánimo exhaustivo en su casuística y sus diferentes alternativas y combinaciones– prácticos y reales: i) que los hechos se hayan cometido antes de la entrada en vigor del ECPI; ii) que su comisión fuera en el territorio de un Estado que no sea parte del ECPI o por nacionales de un Estado-no

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas interesara a la Corte que no inicie o que suspenda una investigación (artículo 16 ER). Decisión que, en este último caso, estaría impregnada de un marcado carácter político, al no dejar de ser el Consejo un órgano ejecutivo y político⁴⁹.

El impedimento deliberado de investigar y enjuiciar de los Estados donde se cometieron los crímenes internacionales competencia de la Corte, o su falta de capacidad, unida a estos supuestos, frustra la realización de la justicia –tanto en el lugar de comisión, como ante la CPI– y permite la impunidad de los autores de esos crímenes, con el consiguiente incumplimiento de la obligación internacional de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales de primer grado.

III. LA JUSTICIA UNIVERSAL COMO SOLUCIÓN

En estos casos, la convivencia entre el ECPI y la jurisdicción universal es necesaria para tratar de garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, la tutela judicial efectiva de las víctimas de las violaciones de los grandes crímenes internacionales de primer grado y poner fin a la impunidad.

La obligación de persecución de estos crímenes es consecuencia del principio de interdicción de la impunidad. Este principio, derivado tanto del ER, como de diferentes instrumentos internacionales universales y regionales, que obligan a la persecución de crímenes internacionales de primer grado, impone a los Estados el deber de remover los obstáculos fácticos y jurídicos que dificulten o impidan la investigación y el enjuiciamiento a los responsables de estos crímenes internacionales de primer

Parte; iii) que los delitos sean distintos de los que la Corte asume su competencia; iv) cuando no se inicia una investigación o caso porque no se estima grave o no afecta a los máximos responsables; vi) respecto del delito de guerra si se ha acogido el Estado a la cláusula *opting out*; vii) cuando el presunto responsable sea menor de 18 años; viii) cuando los Estados no colaboren con la CPI y hagan caso omiso de las órdenes de detención y entrega dictadas; ix) la existencia de litispendencia o cosa juzga fraudulenta en las jurisdicciones nacionales; o x) las amnistías, los indultos y otras leyes que garantizan ilegítimamente la impunidad.

Sobre las amnistías v. BERDUGO: *La justicia...op. cit.*, pp. 138 a 144.

⁴⁹ V. el interesante trabajo: HORMAZÁBAL MALAREÉ, H.: «Los condicionamientos políticos de la Justicia Penal Internacional del Estatuto de Roma», *Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro Homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur*, Velásques Velásques, F. (coord.), T. 2, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, pp. 1113 a 1141.

grado⁵⁰. La consecuencia lógica de la vigencia del principio de interdicción de la impunidad es la realización de la acción de la justicia.

La Fiscalía de la CPI, consciente de sus limitaciones, reconoce abiertamente que no es su «responsabilidad ni función»: i) ni la de «investigar todos y cada uno de los presuntos actos delictivos dentro de una *situación* determinada»; ii) ni *a todas las personas* presuntamente responsables de tales delitos» porque «sería prácticamente inviable y contrario a la noción de acción complementaria»⁵¹. La Fiscalía no tiene reparo en mantener que –ante la eventualidad y posibilidad de admitir *muchos casos*, en virtud del artículo 17 ECPI– *al evaluar la gravedad* en la selección de *casos* puede aplicar una *prueba más estricta* que la exigida legalmente para la prueba de admisibilidad en virtud del artículo 17⁵².

La Fiscalía –a pesar de su actuar condicionado– en consonancia con el ECPI, se cuida de enfatizar que la finalidad del examen preliminar, y de la selección y priorización de casos, es combatir y «poner fin a la impunidad»⁵³, y para ello fomentar «la realización de procedimientos nacionales auténticos, y prevenir la comisión de crímenes»⁵⁴.

Así, el principio de jurisdicción universal se convierte, dentro del moderno sistema de justicia penal internacional, en el instrumento jurídico que permite, o debería permitir, la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales de primer grado, si el Estado donde se cometió un crimen de esta naturaleza no puede o no quiere enjuiciar a sus presuntos responsables; y, también, si el hecho delictivo no es asumido por la jurisdicción de la CPI en los supuestos expuestos. De esta forma, la jurisdicción universal *completaría* las deficiencias de las jurisdicciones nacionales donde se cometieron los hechos y la ausencia de actividad jurisdiccional de la CPI.

La pasividad de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y de la CPI por ausencia de jurisdicción o por declarar inadmisibile una situación o caso –ante la comisión de crímenes internacionales de primer grado– legitima a las jurisdicciones domésticas de terceros Estados para que ejerzan la jurisdicción penal en representación de la comunidad internacional para garantizar la efectividad de las obligaciones

⁵⁰ Sobre este principio v. el excelente trabajo de V. HORMAZÁBAL MALAREÉ, H.: «Interdicción de la impunidad y cosa juzgada fraudulenta en el Pacto de San José y en el Estatuto de Roma», *Un juez para la democracia, Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, G. Portilla y F. Velázquez (dirs.), E. Pomares y J.L. Fuentes (coords.), Dykinson, 2019, pp. 253 a 267.

⁵¹ Para. 5 PPC, cursiva añadida.

⁵² Para. 36 PPC, cursiva añadida.

⁵³ V. paras. 7, 44, 46 PPC; y 1, 16, 22, 93, y 100 a 103 PPE.

⁵⁴ V. paras 7, 45; 16 a 18, y 93 a 103 PPE.

internacionales en la persecución de estos crímenes. El Estado que ejerza la jurisdicción universal será el responsable, ante la comunidad internacional, de que la tutela judicial de las víctimas y la protección de los bienes jurídicos internacionales sean efectivas y eficaces. El Estado que ejerce la jurisdicción universal interpone una *actio popularis*⁵⁵ contra personas que son *hostes humani generis*⁵⁶.

El principio de jurisdicción universal, como título jurisdiccional nacional que es, forma parte del sistema de complementariedad jurisdiccional del ECPI. Éste instaura el principio de complementariedad respecto de las «jurisdicciones penales nacionales⁵⁷» y de las del «Estado que tenga jurisdicción⁵⁸». La jurisdicción penal nacional se asienta en el principio de territorialidad y otros, como el de personalidad activa y pasiva, el real o

⁵⁵ SAMMONS, A: *The Under-Theorization of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals by National, Courts*, 21 Berkeley J. Int'l Law. 111 (2003), p. 125, entiende, relacionando la soberanía de los Estados con la jurisdicción universal, que con el ejercicio de aquella se produce una transferencia de la soberanía del Estado afectado por el delito a la comunidad internacional. Puede verse en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol21/iss1/4>

⁵⁶ BASSIOUNI especificaba que cualquier Estado puede interponer una *actio popularis* en nombre de la comunidad internacional, con base en la naturaleza del crimen y con el único propósito de reestablecer el orden internacional (BASSIOUNI, M. C.: «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical, Perspectives and Contemporary Practice», *Virginal Journal of International Law Association*, 2001, 42 Va.J.Int'l. L. 81. Versión traducida al castellano por el centro de Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Chile, «Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea», p 7.).

La sentencia ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, TC, Judgment, IT-95-17/1-T, 10 December 1998, para. 147 y 156, declaró, apoyándose en el caso *Filartiga v Peña-Irala*, que los responsables de los delitos de torturas, como los piratas o los que trafican con esclavos, eran considerados como *hostes humani generis*, enemigos de la humanidad. El ICTY proclama que los crímenes internacionales son universalmente condenados cualquiera que sea el lugar donde se comenten, y recuerda que los tribunales de los Estados Unidos de América en el caso *Demjanjuk v. Petrovsky*, y los de Israel en el caso *Eichmann*, aplicaron el principio de persecución universal porque, para estos crímenes, los Estados tienen el derecho de perseguir y castigar a sus autores.

La sentencia *Demjanjuk v. Petrovsky* («Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann 36 I.L.R. 298; In the Matter of the Extradition of John Demjanjuk, 612 F. Supp.544, 558 (N.D. Ohio 1985) [...] Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F. 2d 571 (6th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S. 1016, 106 S. Ct. 1198, 89 L. Ed. 2d 312 (1986), for a discussion of the universality principle as applied to the commission of war crimes»), se remitía al conocido caso *Eichmann* en el que se declaraba que los autores de estos crímenes son enemigos de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su detención y castigo.

⁵⁷ Preámbulo y artículo 1 ER.

⁵⁸ Artículo 17 ECPI.

de protección, de representación y el de jurisdicción universal. Por ello, es incuestionable que el principio universal es un título que otorga jurisdicción a los tribunales nacionales. El ER otorga preferencia jurisdiccional, a efectos de complementariedad, al «Estado que tenga jurisdicción», sea cual sea el título jurisdiccional. Y, en modo alguno, el ECPI limita esa jurisdicción al Estado del lugar de comisión de los hechos, ni lo condiciona a la presencia de cualquier vínculo de conexión entre el injusto y el Estado que ejerza la jurisdicción⁵⁹.

En esta labor interpretativa e integradora del sistema de justicia penal internacional, el preámbulo del ECPI se muestra con extraordinaria lucidez al recordar que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales» porque «los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto no pueden quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia». Obsérvese que el preámbulo del ER sólo se refiere a la «jurisdicción penal», y no excluye ningún principio de atribución jurisdiccional. Por tanto, del preámbulo del ECPI se deduce que el ejercicio de la justicia universal es obligatorio para los crímenes internacionales de primer grado⁶⁰.

Es indudable que el ER otorga el protagonismo judicial principal a las jurisdicciones nacionales, y sólo, y con carácter subsidiario –más que

⁵⁹ WERLE y JESSBERGER: *Tratado...op. cit.*, p. 165, opinan que el ER «dejó conscientemente abierta la cuestión de si los terceros Estados están obligados a la persecución de los crímenes de derecho internacional según el principio de jurisdicción universal».

Sobre la concurrencia de la jurisdicción universal la Corte Penal Internacional y la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional el principio de complementariedad y jurisdicción universal en el caso español v.: OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 417 a 426.

⁶⁰ Esta postura no es compartida por parte de la doctrina, entre otros por WERLE, G. y JESSBERGER, F.: *Principles of International Criminal Law*, Oxford: OUP, 2014, pp. 81 y 82.

Estos expertos reconocen la obligación consuetudinaria de la persecución de estos crímenes en los lugares de comisión. Sólo admiten la persecución en otras jurisdicciones nacionales para los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales, negándola, según el derecho consuetudinario, para los crímenes de genocidio y de lesa humanidad. Para estos tratadistas el deber impuesto en el preámbulo del ER solo permite a los Estados perseguir los crímenes que se hubieran cometido en su territorio. (pp. 82 y 83).

complementario⁶¹— la Corte recobrará su condición de actor judicial principal. El destinatario inicial de esa complementariedad es la jurisdicción del lugar donde se cometió el ilícito penal internacional. Pero, ante un eventual fracaso de la investigación y enjuiciamiento en ese Estado, se debe activar el sistema de doble complementariedad a terceros Estados, ajenos al del lugar de comisión, que ostenten, en palabras del ECPI, «jurisdicción penal nacional». Un principio que otorga jurisdicción —sin perjuicio de otros, como el de personalidad o protección— es el de justicia universal. Por tanto, la complementariedad positiva también es respecto de las jurisdicciones nacionales que aplican el principio de justicia universal.

La propia Fiscalía de CPI reconoce que el objetivo de combatir la impunidad «debe lograrse combinando las actividades de la Corte y jurisdicciones nacionales dentro de un sistema complementario de justicia penal»⁶², en un *esfuerzo por asegurar junto con las jurisdicciones nacionales pertinentes que los delitos más graves no queden impunes*⁶³. Y «cuando no existan procedimientos nacionales auténticos, la Fiscalía procurará asegurarse de que se haga justicia respecto de los crímenes de competencia de la Corte»⁶⁴.

Estos principios programáticos de la Fiscalía parece que se forjan sobre las jurisdicciones nacionales del lugar donde se cometieron los hechos o del que es nacional el presunto autor. Sin embargo, los mismos fundamentos son de aplicación al principio de jurisdicción universal.

IV. CONCLUSIÓN

La investigación y el enjuiciamiento de los crímenes internacionales de primer grado, es una obligación internacional. Si la CPI carece de competencia o, teniéndola, decide no iniciar una investigación, los Estados, bajo el principio de jurisdicción universal, deberán asumir esa investigación y enjuiciamiento. De esta forma, la justicia nacional, dentro del actual sistema de justicia penal internacional, se convierte en el *complemento* jurisdiccional de la CPI para garantizar una justicia efectiva ante la comisión de crímenes internacionales de primer grado.

No es utópico, siguiendo esta estela, pensar que en un futuro no muy lejano las jurisdicciones nacionales actúen como una suerte de tribunal de

⁶¹ Por razones de espacio no puedo ocuparme de la, para mi opinión, diferencia entre complementariedad y subsidiariedad.

⁶² Para. 7 PPC.

⁶³ Paras. 8 PPC y 45 PPC.

⁶⁴ Para. 23 PPE.

justicia delegada de la CPI, en la investigación y enjuiciamiento de estos crímenes y en los supuestos recapitulados expuestos⁶⁵, bajo el principio universal.

De esta forma, se producirá una doble complementariedad positiva, una, horizontal, entre el Estado que asume la investigación y el enjuiciamiento y el Estado del lugar de comisión de los hechos; y, otra, vertical, de ambos Estados con la CPI⁶⁶.

La conclusión a la que llego, quizá sea en estos momentos ilusoria y sólo realizable en un mundo ideal en el que los Estados de la comunidad internacional ofrezcan estándares de garantía de un juicio justo, pero es posible. Es una meta a conseguir.

Concluyo con las certeras palabras del profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: juzgar a los responsables de estos crímenes es una exigencia de justicia que no puede ser sacrificada⁶⁷.

⁶⁵ V. *supra*, apartado II.3.

El jurista CARLOS SLEPOY, con su agudo ingenio, propugnaba que la jurisdicción universal operara como un principio que legitimaría que los tribunales nacionales actuaran en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes competencia de la CPI cuando ésta lo demandara por cualquier necesidad.

⁶⁶ La complementariedad no es un principio creado por la CPI. En 1948 ya estaba presente en el artículo 6 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Se fijaba como primer criterio jurisdiccional obligatorio de enjuiciamiento del genocidio a los tribunales del lugar de comisión. Y si éstos fracasaban se recurriría subsidiariamente ante una corte penal internacional, en aquel entonces inexistente. Hay que recordar respecto de este crimen internacional de primer grado que, como se proclama en el artículo 1 de la Convención, el genocidio es un delito de Derecho internacional, sobre el que las partes del Convenio se comprometen a prevenirlo y sancionarlo.

La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (artículos 4 y 5) y los cuatro Convenios de Ginebra (artículos 49, 50, 129 y 146) de alguna forma contemplan igualmente este carácter de complementariedad horizontal.

⁶⁷ BERDUGO: *La justicia... op. cit.*, p. 126.

El sesgo iconográfico de la prostitución en el cine

Enrique Orts Berenguer
Universitat de València



La AMABLE INVITACIÓN DE LA PROFESORA CUERDA, para dar una charla, puso a trabajar a mi menguada memoria para recordar películas que había visto, desde que empecé a ir al cine, y en las que aparecían personajes que ejercían de un modo o de otro la prostitución, y hasta me sugirió el título. Y ahora se me ha ocurrido aprovechar las notas que redacté hace unos meses, para componer este pequeño trabajo y pedir su inclusión en el libro homenaje a Ignacio, consciente de su escaso interés y de que él merece algo mejor.

Me ha llevado tiempo, porque he querido escribir a partir de películas que he visto, aunque no las recuerde todas, ni de lejos, al detalle. He intentado hacerlo no desde la perspectiva jurídico penal, que empieza a aburrirme, sino que pretendo hablar de los personajes, sobre todo, femeninos y de cómo los veía yo cuando era un niño y cómo los veo ahora, y cómo los presentaban en el cine. Y siempre fijándome en aspectos de la prostitución distintos.

Algunas películas que citaré las vi de muy niño o de adolescente y no relacionaba a grandes damas, grandes estrellas, con la prostitución: no pensaba que personajes interpretados por Marlene Dieterich, de algún modo la practicasen, ni sabía muy bien qué era la prostitución, –pese a que la palabra «puta» era de uso frecuente por parte de bastante gente–, quizás porque en el pueblo donde pasé la infancia no había personas que la ejercieran, al menos de manera ostensible. Empecé a comprender de qué se trataba cuando en mi adolescencia llegué a Valencia y veía en algunas calles muy céntricas a señoras que se dirigían a los hombres que pasaban cerca de ellas y se les insinuaban.

Quizás si me empeño en hablar de la prostitución en el cine, sea conveniente adelantar el concepto de prostitución del que parto y que es nada

original: prostitución es la prestación de servicios sexuales a cambio de un precio, que no tiene por qué ser dinero contante y sonante, pues puede consistir en regalos o en el mantenimiento de la persona (mantenida) que complace a la otra, y con la duda de si la prostitución requiere la proliferación de amantes o si basta con uno, con tal de que, de alguna forma, pague por ello.

Hago a continuación un repaso de las películas que he seleccionado con unos muy breves apuntes. Empezaré con varias dirigidas por J. von Sternberg.

Una de las películas más antiguas que vi, ya de adulto, es **Los muelles de Nueva York**, de allá por los años 20, era muda. En ella el miembro de la tripulación de un barco salvaba a una prostituta que se estaba ahogando, en un intento de suicidio. Después de varios conflictos y problemas el marinero se comprometía a casarse con la mujer, tan pronto regresase de la cárcel por una condena menor, y ella se comprometía esperarle.

En **Fatalidad**, también de Sternberg, durante la I Guerra Mundial, una mujer, interpretada por Marlene Dietrich, sobrevive como prostituta, y se acaba convirtiendo por patriota en espía al servicio de su país, para al final morir fusilada por traición.

De nuevo, Marlene Dietrich, en **Venus rubia**, igualmente de Sternberg, es una cantante y bailarina de cabaret, que se casa con un norteamericano que, al poco, enferma, y ella a fin de conseguir el dinero que necesita para pagar su tratamiento, vuelve al cabaret, y a cambio de ayuda económica, se convierte en amante de un tipo con dinero.

En **El ángel azul** se cuenta la historia de un prestigioso profesor que cuando se entera de que sus alumnos acuden a un cabaret (*El ángel azul*), acude él también y allí queda prendado de la cantante «Lola Lola» (M. Dietrich), con una atracción obsesiva, que le lleva a la locura.

Del cine francés mencionaré: **París. Bajos fondos**, de Jacques Becker, años 50, en la que una prostituta, amante de un delincuente, se enamora de un hombre que es un modesto carpintero, y el delincuente lo agrade, desbordado por los celos.

En **Belle de jour**, dirigida por L. Buñuel, la protagonista está casada, pero su matrimonio no funciona porque ella tiene deseos y fantasías sexuales que desbordan esa relación, diríamos que convencional y confortable, y en su búsqueda de satisfacer tales fantasías acaba en un prostíbulo; fantasías que parecen ser fruto de la represión que padeció desde la infancia, en los ámbitos social, moral y religioso. Entonces aparenta felicidad y acaba abandonando el prostíbulo, pero continúa con distintas relaciones.

La **pequeña**, de Louis Malle, es una niña de 12 años que vive con su madre, prostituta, en el burdel. La madre se casa y la deja en el burdel, y

allí conoce a un fotógrafo que atónito contempla como es subastada entre los clientes para ver quién de ellos tiene con ella la primera relación. La madame del burdel somete a maltrato a la niña que va creciendo y que se va con el fotógrafo, y acaba casándose con él.

En **Nunca en domingo**, de Jules Dassin, Melina Mercouri interpreta a una prostituta muy popular, que, además, suele invitar a sus clientes a comer. Y un intelectual americano intenta apartarla de esa vida y le propone que estudie arte y filosofía, y como es de suponer pronto surgen los desencuentros.

También Godard dirigió un film, **Vivir su vida**, en el que una mujer joven quiere emprender una carrera como actriz y deja a su marido y a su hijo, y para sobrevivir mientras progresa se pone a ejercer la prostitución.

Si ahora paso al cine italiano.

En **Las noches de Cabiria**, de Federico Fellini, Cabiria es una prostituta que espera encontrar la felicidad, busca el amor y cree haberlo encontrado en un timador, y no cesan de sobrevenirle contrariedades, y conserva su bondad y su dignidad pese a vivir en condiciones penosas y ofreciéndose junto a las calzadas de una carretera, atenta a la posible llegada de la policía.

Precisamente Las noches de Cabiria inspiró **Noches en la Ciudad**, de B. Fosse, en la que una chica trabaja en una sala de baile, esperando encontrar un amor verdadero, pero no hace sino tropezarse con indeseables y acaba marchándose, pero se las ve y se las desea para salir adelante.

Paisà es una película del 1946 dirigida por R. Rossellini, en el mejor estilo neorrealista, que consta seis episodios, y en uno de ellos, un soldado que ha bebido abundantemente conoce a una joven, que intenta ganar dinero ejerciendo la prostitución, pero el soldado le dice que su único interés radica en encontrar a una chica de la que está enamorado, una mujer que resulta ser la misma que con la que ha contactado, ella lo reconoce, pero él no y acaba marchándose para continuar la búsqueda de la chica que añora.

Mamma Roma, de los años 60, dirigida P. P. Pasolini, gira en torno a una prostituta, que interpreta Anna Magnani, que se libera cuando su explotador se casa y comienza una nueva vida, pero el *chulo* vuela a buscarla y la obliga de nuevo a prostituirse.

Matrimonio a la italiana, de V. de Sicca, es la historia de una joven que trabaja en un prostíbulo, pues no encuentra otra manera de ganarse la vida. Allí es donde conoce a un acomodado burgués que la retira de la profesión y la lleva a vivir a su casa.

Ahora doy un buen salto y menciono películas japonesas: En la **Calle de la Vergüenza**, K. Mizoguchi retrata un burdel en el que las chicas que

ejercen la prostitución han sido vendidas por sus familias para pagar sus deudas, familias que viven en la *calle de la vergüenza*; y en **La vida de Oharu**, ambientada en el siglo XVII, sigue los pasos de una prostituta que ronda los 50 años y a la que ya le escasean los clientes; una prostituta hija de una familia con buena posición social que tras no pocas peripecias y altibajos acaba pidiendo limosna por las calles.

Estas secuencias y las de otras películas y sus descorazonadores finales obligan a reflexionar sobre los orígenes de la actividad en muchas personas. Se ha hablado de que no pocas prostitutas padecían algún trastorno o limitación psíquicos; de que otras hacían la calle por tradición familiar, porque habían heredado el oficio de sus madres, o lo hacen obligadas por sus «chulos», por organizaciones criminales o, simplemente, para subsistir, como acaso les suceda a algunas inmigrantes que llegan en pateras a España sin oficio ni beneficio, con deudas con quienes las han traído...

Del cine español he recordado **Mónica del Raval**, de F. Betriu, que es casi un documental en el que se presenta la historia de una mujer que llega a Barcelona y ejerce la prostitución callejera, justamente en el barrio que aparece en el título a la película.

Otro salto y voy al norteamericano:

Margarita Gautier, dirigida por G. Cukor a finales de los años 30, narra la historia de una rica cortesana parisina de finales del siglo XIX (interpretada por G. Garbo), que intenta dejar su vida licenciosa por el amor de un hombre, pero el suegro pone tantas trabas, que ella vuelve a su antigua vida y acaba muriendo sola a causa de la tisis.

Una mujer marcada, director D. Mann, es la historia de una modelo (interpretada por E. Taylor), que se prostituye para conseguir la forma de afrontar sus gustos caros. Un día conoce a un millonario del que acaba enamorándose e inician una relación que no sé sabe cómo terminará.

Adiós a Las Vegas, de M. Figgis, muestra como el protagonista, que ha perdido a su esposa y se ha quedado sin trabajo, cae en el consumo excesivo de bebidas alcohólicas, y entabla una relación con una prostituta, que es una buena persona, por amor, pero sin abandonar los excesos de alcohol.

En **Klute**, de A. J. Pakula, un policía está investigando la desaparición de un amigo y así conoce a una prostituta a la que el amigo escribía cartas, y surge una relación amorosa entre ambos y ella le ayuda en la investigación.

Taxi Driver de M. Scorsese, cuenta que poco después del fin de la guerra de Vietnam, un excombatiente comienza a trabajar como taxista y se enamora de una chica que colabora en la campaña de un senador. Una noche, una prostituta menor de edad, entra en el taxi del protagonista, y

en varios encuentros éste se afana en disuadirla de que ejerza la prostitución, y en convencerla de que debe regresar con sus padres. Tras no pocas situaciones violentas y varias muertes, consigue que la menor vuelva con sus padres.

Salón Kitty de T. Brass, trata de un burdel berlinés, utilizado durante la Segunda Guerra Mundial para el espionaje por el servicio secreto alemán.

En *Pretty Woman*, de G. Marshall, del año 90, una chica que vive de la prostitución conoce a un rico empresario que la retira de dicha actividad, y ella acaba influyendo positivamente en él, consiguiendo que lleve de mejor manera sus negocios.

Con *American Gigolo*, P. Schrader cambia por completo el panorama. El protagonista es un acompañante de señoras, que con su trabajo procura cubrir sus costosos gustos, entre los que se cuenta la cocaína. Se ve metido en no pocos líos, al punto de ser sometido a juicio por homicidio, pero, por suerte para él, una mujer relevante le proporciona una coartada que puede evitarle la condena.

En *Los Chicos de la Banda*, del director W. Friedkin, unos amigos contratan a un prostituto como regalo de cumpleaños para otro amigo. Como siempre, las cosas se complican...

Cowboy de medianoche, de J. Schlesinger, relata la relación de amistad de un gigoló y un pequeño estafador. El primero deja su oficio de lavaplatos, se va a la ciudad y se dedica a seducir a mujeres maduras, pero pronto queda desencantado, pues lo que el pensaba que iba ser una vida de placer no le satisface; es además estafado por su amigo, y acaban en el apartamento de éste, intentando ayudarse mutuamente para salir delante de la mejor manera posible.

Y *Aprendiz de Gigoló*, del director John Turturro, en el que dos amigos crean una especie de negocio de gigolós, y poco a poco las cosas se complican.

Poderosa Afrodita es una comedia de Woody Allen en la que una pareja adopta a un niño y deciden averiguar quién es su madre biológica y descubren que es una prostituta vulgar y de pocas luces, pero muy desenvuelta.

Irma la dulce, de B. Wilder, es una prostituta que trabaja en un hotel, junto a muchas otras, con la tolerancia de la policía que cobraba por ello. Una noche conoce a un policía que ha sido expulsado del cuerpo, que se enamora de ella e intenta apartarla de esa vida, pero pronto no tiene más remedio que convertirse en su proxeneta. Y para conseguir su propósito de retirarla de la prostitución se disfraza y «convierte» en un lord británico y en el único cliente de Irma, para lo cual ha de esforzarse enormemente en ganar dinero.

Una mujer marcada, de D. Mann, es una modelo de lujo, de vida alegre, que pasa una noche con un millonario en la casa de éste y cuando despierta por la mañana se encuentra con un sobre repleto de dólares. Se siente humillada y decide no volver a verlo, pero se enamora y vuelve con él.

En **Una luz en el hampa**, de S. Fuller, una prostituta llega a una pequeña ciudad huyendo de su vida anterior, tras recibir una tremenda paliza a manos de su chulo. Gracias al apoyo de un policía comienza a trabajar como enfermera en un hospital para niños inválidos, y poco a poco va descubriendo que la realidad que la rodea es complicada.

En **Promesas del Este**, de David Cronenberg, una enfermera se afana por investigar la muerte durante el parto de una adolescente, de la que ha encontrado un diario.

Podría continuar, pero ya me parece más que suficiente como base de las divagaciones con las que voy a obsequiar al amable lector. En esta «selección» de películas cabe apreciar no pocas cosas, pero me centraré en las que de alguna manera tienen que ver con la prostitución.

Como es claro en los filmes seleccionados se ponen de relieve las diferentes razones por las que unas personas ejercen la prostitución. Algunas lo hacen voluntariamente por necesidad o por ser amantes del lujo y no tener otra forma de tenerlo a su alcance. Muchas lo hacen a la fuerza, porque han sido «vendidas» o porque su familia, su chulo o una organización las explotan. Ante esta realidad sólo cabe pensar en la prohibición y en el Derecho penal. Creo que todos estaremos de acuerdo en que la prostitución ha de ser ejercida libremente. Otra cosa es que se plantee la cuestión general de si debe ser permitida o prohibida. Personalmente diré que, si una persona decide que quiere ganarse la vida desarrollando esa actividad, creo que debe permitírsele; como también creo que debe haber alguna regulación legal a fin de que esas personas paguen a la Hacienda Pública, como pagan todas las personas con arreglo a sus ingresos, paguen a la Seguridad Social; en fin, que legalmente se las trate como a unos trabajadores más. ¿Qué puede hacer una prostituta que al ir cumpliendo años tiene cada vez menos clientes y menos generosos? ¿Cobrar una pensión de jubilación? ¿Y si no ha contribuido nunca a la Seguridad Social? Le queda una pensión no contributiva...

Otra divagación tiene que ver con las diferentes formas en que se desenvuelven los ejercientes de la prostitución: desde la callejera a la de los clubs, desde las casas burdeles a mansiones de lujo o a viviendas normales en las que quienes las habitan invitan a una persona a pasar un tiempo, por un precio, o a convivir con ellas a cambio de que les proporcionen satisfacción sexual. Las de las mujeres que se desenvuelven por las aceras o en bares, a la espera de que un sujeto se les acerque y les pregunte cuánto cobra, se me antoja de las más duras de ejercitar.

Otra, es la relativa a las edades: que una persona mayor de edad practique la prostitución, siempre que lo haga por voluntad propia...; en cambio, la prostitución de personas menores de edad sí que me parece inaceptable, claro que quizás habría que distinguir, pues no es lo mismo que decidan ejercerla una persona de diecisiete años que una de diez o de doce.

Algo que he observado es que, salvo casos excepcionales, no se aprecia que esas personas tengan vocación de prostitutas o de prostitutas. Dudo de que exista esa vocación; otra cosa es que una persona lo sea porque es la mejor manera que ha encontrado para tener unos ingresos que le permitan vivir; no porque les gusta ese oficio, salvo en el caso de la cantante de cabaret que parece disfrutar con sus vestidos de noche y con los aplausos del público o la de quien ansía aplacar sus fantasías más o menos extremas. En varias de las películas que he traído a colación, la persona sueña con abandonar el burdel, con cambiar de vida, con encontrar un amor que la ayude... En bastantes películas la protagonista busca el amor y algunas veces le sale bien, pero con más frecuencia no lo encuentra o si lo encuentra la colma de problemas... E igual sucede con los gigolós, a los que, casi siempre, les salen mal las cosas. Aunque no es del todo claro si todas buscan el amor o, simplemente, salir de la vida que llevan, porque si uno se pone a pensar en lo que debe suponer tener que desnudarse ante cualquier tipo o tipa, y mantener con él o con ella relaciones íntimas, soportando exigencias derivadas de las obsesiones y manías de cada cual... Es posible que para personas de mente atormentada no baste con una relación normal, habitual, que precise de algo más, y quien ha de complacer tamaños antojos...

En alguna película una mujer se prostituye para ayudar a otra persona, a su marido incluso, y es frecuente que el director presente, sobre toda a las mujeres, como buenas personas y las haga conservar la dignidad. Algunas se arriesgan incluso a hacer algo por su patria con un alto coste o que se acuestan con hombres para sufragarse los gastos cotidianos mientras se esfuerzan por salir adelante en la profesión con la que sueñan.

Aparentemente, tiene más oportunidades de desenvolverse en el mundo de la prostitución la mujer que el hombre. Lo que lleva a plantearse este interrogante: ¿hay más prostitutas que prostitutas? No lo sé, pero tal vez suceda que la femenina es más perceptible. Y, en general, en las películas que he resumido, ni prostitutas ni prostitutas acaban teniendo un final feliz, salvo cuando tienen la fortuna de encontrar a una persona que les ayuda a salir de su situación, aunque en algunas películas parece como si la mujer fuera una gran dama y no se dice que perciba dinero de sus visitantes.

Después de estos apuntes, concluyo con un par de reflexiones o de interrogantes ya apuntados.

- 1) ¿Debe permitirse o prohibirse la prostitución?
- 2) ¿Degrada a la mujer o al hombre? ¿Les hace perder su dignidad?

En un decreto ley de 1956 se decía: «velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución».

1) Si una persona mayor de edad, con plena libertad, resuelve servirse de su cuerpo para obtener dinero, guste más o guste menos, ha de permitírsele. No encuentro ninguna razón, derivada de nuestros principios y derechos fundamentales que fundamente y justifique su prohibición. En consecuencia, estoy a favor de que, desde el punto de vista de nuestro Derecho, sea una actividad permitida; que desagrede desde alguna concepción moral, religiosa, social o personal, no es determinante para justificar su interdicción por el ordenamiento jurídico, pues, a fin de cuentas: ¿qué bien jurídico lesiona quien ejerce voluntariamente la prostitución o quien paga por mantener una relación sexual?

2) La dignidad es un bien renunciable. La Constitución proclama que la dignidad es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, pero ¿se puede imponer a quien renuncia a ella por la razón que le conviene? ¿Se ha de castigar a quien prescinde de ella? ¿Pierde la dignidad la persona que se prostituye voluntariamente? Si una persona se prostituye y cumple puntualmente aquello a lo que se compromete ¿pierde su dignidad? Si un tipo, por su masoquismo es feliz cuando una mujer lo maltrata y humilla ¿pierde su dignidad, porque es tratado como un objeto o un esclavo?

La dignidad es un bien disponible, como lo es la vida propia, dado que el CP no castiga el auto suicidio, no el consumado obviamente, sino la tentativa, aunque, eso sí, se castigan la tentativa, la inducción y la cooperación al suicidio ajenos (art. 143 CP), como pueden castigarse hechos que a lo mejor afectan y disminuyen la dignidad, pero únicamente si conllevan alguna clase de lesión para un bien jurídico de otra persona.

Y si para concluir definitivamente, me pregunto qué es la dignidad no encuentro una respuesta precisa, más allá de reiterar que toda persona la tiene, como bien se reconoce en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que se dice que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Sin embargo, cuando me pongo a pensar en la enormidad de atrocidades que han cometido tantísimos humanos a lo largo de la Historia; en tantos comportamientos delictivos, incívicos, de incumplimiento de las propias obligaciones..., me cuesta aceptar que tales sujetos tengan dignidad, y todavía más negársela a quien simplemente ejerce la prostitución, a menudo forzada por otros o por la necesidad de sobrevivir. Creo que por el hecho de nacer tenemos

dignidad, y el ordenamiento jurídico lo subraya, pero también creo que es necesario que nuestro comportamiento sea cívico y absolutamente respetuoso con los derechos de los demás, que hagamos algo por ellos, en suma, que cumplamos con nuestros deberes. De ahí que, para mí, el mero hecho de ejercer libremente la prostitución no comporta degradación alguna como sí la comportan muchas de las conductas aludidas.

Se ha dicho que la dignidad tiene un origen religioso, para pasar a constituir un elemento nuclear en el pensamiento universal, a partir de la idea de que Dios creó al hombre a su imagen y semejanza, según el Génesis 26: Y dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y tenga dominio sobre los peces del mar, y sobre las aves de los cielos, y sobre las bestias, y sobre toda la tierra y sobre todo animal que se arrastra sobre la tierra. Con arreglo al 27: Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y a hembra los creó.

Precisamente, por mi pésima opinión sobre muchos humanos, me pregunto: ¿si todos estamos hechos a su imagen y semejanza...?

La delincuencia de sangre en la poesía castellana. Un apunte introductorio

Miguel Polaino-Orts



EN GRANADA Y EN SEVILLA tuve ocasión, no hace mucho tiempo, de departir con el Profesor Ignacio Berdugo sobre diversos temas: del Derecho penal pasamos a Hispanoamérica, y de ahí al Arte y a la Literatura. Apareció en la conversación, cómo no, la figura de un ilustre antecesor suyo en el cargo de Rector de Salamanca, don Miguel de Unamuno, con ocasión de un filme, entonces muy reciente, que –por cierto, según me contó el profesor Berdugo– se grabó en algunas secuencias en su propio despacho universitario. Y también salió a colación un viejo profesor andaluz, muy cercano a mi familia, don Rafael Láinez Alcalá, paisano y amigo de mi abuelo Lorenzo Polaino y alumno, como él, de Antonio Machado en el Instituto de Baeza y, tiempo después, Catedrático largos años de Historia del Arte en la Universidad de Salamanca, donde fue muy querido. La conversación sobre Unamuno y los personajes circundantes, como don Manuel García Blanco, se amplió luego a otra gran figura de la misma generación del 98: Azorín, un fino estilista. autor de un libro prácticamente desconocido titulado *La sociología criminal*, y circunstancialmente alumno de Salamanca, en una época en que trabó relación con el gran Catedrático salmantino don Pedro Dorado Montero, tema al que yo había dedicado un artículo¹. Pude disfrutar

¹ Originariamente publicado bajo el título «Azorín, criminalista», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 105, III, época II, diciembre de 2011, págs. 303-336, y luego recogido bajo el título «Retrato de Azorín criminalista (con Dorado Montero de fondo)», en RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS / MIGUEL POLAINO-ORTS, *Cervantes, Wilde, Azorín. Cinco estudios de Derecho penal y literatura*, colección: Humanismo y Criminología núm. 1, J. M^a. Bosch. Barcelona, 2018, págs. 163-220.

entonces la finura intelectual del Profesor Berdugo, sus amplios conocimientos históricos, artísticos y literarios, su universalidad humanística a la imagen de Terencio, para quien «nada de lo humano le era ajeno». He querido, por ello, retomar en estas páginas destinadas a su homenaje el curso de aquella grata conversación entre nuestra profesión y nuestra común devoción sobre los confines fronterizos del Derecho y la literatura, y dedicarlas, con todo afecto y admiración, al intelectual sabio y al penalista ilustre a quien se homenajea, por su larga trayectoria universitaria, en este Libro homenaje. Por muchos años, Profesor Berdugo.

I. LA MUERTE DELICTIVA EN LA LITERATURA

Los fenómenos de muerte violenta y, paradigmáticamente, la delincuencia de sangre constituyen uno de los ámbitos delictivos más tradicionales en la historia de la humanidad. Desde Adán y Eva, o más concretamente: desde sus hijos Caín y Abel, existen multitud de casos donde un ser humano se ha pretendido deshacer –y se ha deshecho– de un congénere. Esa es, precisamente, la etimología de homicidio (*homo caedere*), que significa matar a un semejante. El Derecho penal conoce varias formas fenomenológicas de esa violencia. De ellas se hacen eco, evidentemente, los códigos penales. El español, de 1995 (con reformas posteriores, también en esta materia), incrimina figuras delictivas básicas (con diversas subfiguras): el homicidio (art. 138), el asesinato (art. 139) y el suicidio, que también adquiere relevancia penal en algunos supuestos de intervención punible en un suicidio ajeno o en una muerte querida por el sujeto pasivo (art. 143 CP). De todas ellas nos interesan aquí, especialmente, el homicidio y el asesinato dolosos, que constituyen sendos delitos con un evidente y acentuado potencial victimológico.

La muerte violenta alcanza su manifestación más propia en forma de delito de sangre, en matar a un semejante, en arrebatar a otro el derecho a la vida de manera violenta, con ensañamiento, alevosía, a traición, aumentando su dolor, poniendo precio a la vida ajena. Además de otras manifestaciones sobre la muerte violenta (como las elegías que siguen a un asesinato, los poemas sobre el suicidio o sobre la pena de muerte), la literatura castellana es pródiga en este tipo en albergar en sus versos la narración informativa, la exaltación lírica, la epopeya épica de quien procura o quien sufre un asesinato o un acometimiento violento contra su derecho a la integridad o a la vida. Hay múltiples ejemplos. Y yo querría espigar aquí algunos de los más significativos. Puede citarse, a este respecto, el poema

del Cancionero anónimo castellano, donde el amor se entremezcla con la muerte, el dolor con el placer, la inmolación con la justicia:

«Justicia os pido, señora,
que me deis;
que me queráis como os quiero,
o me matéis».

O, también en Cervantes, que aunque se autodesacreditara como poeta («*Yo que siempre trabajo y me desvelo / por parecer que tengo de poeta / la gracia que no quiso darme el cielo...*»), dirá él mismo en el *Viaje al Parnaso*, hizo versos bien estimables, como estas coplillas sobre la paradoja del dolor y del placer, que tantas reminiscencias actuales ofrece desde las ópticas criminológicas y victimológicas:

«Riñen los amantes;
hácese la paz;
si el enojo es grande,
es el gusto más»

«Deténte, enojado,
no me azotes más,
que si bien lo miras
a tus carnes das».

La delincuencia de sangre ha sido una constante en nuestra poesía, desde el *Poema de Mío Cid*² hasta la literatura contemporánea. Los ejemplos son numerosísimos. A efectos de que la muestra resulte lo más significativa posible en estilos y en épocas nos referiremos a continuación a cuatro ejemplos bien notorios: un romance popular relativo a *La muerte del Maestro de Santiago*; la tragicomedia en verso *El Caballero de Olmedo* de Lope, que se fundamenta en un poemilla popular que anunciaba el asesinato de tal señor; un poema romanceado de Antonio Machado titulado *La tierra de Alvargonzález*; y dos o tres poemas de Lorca extraídos del *Romancero gitano*, donde también se cuentan asesinatos, aflora violencia y corre sangre. Vayamos a eso.

² Sobre lo que ya llamaron la atención varios juristas connotados en la materia como ALFONSO GARCIA-VALDECASAS, en su clásico *El hidalgo y el honor*, Revista de Occidente, Madrid, 1948, págs. 7 y sigs., 137 y sigs. (2ª. edic., 1958, págs. 1 y sigs., 119 y sigs.) y LORENZO POLAINO ORTEGA en su obra *Valores humanos de Mío Cid*, Gráficas Cervantes, Sevilla, 1953, págs. 7 y sigs., 95 y sigs., y luego en «El saber jurídico del Mío Cid», en *Minerva Baeticae. Boletín de la Real Academia Sevillana de Buenas Letras*, núm. 9, Sevilla, 1981, págs. 87-100.

II. EL ROMANCE DEL CABALLERO A QUIEN LA MUERTE AGUARDABA EN SEVILLA

El romancero español, tan rico en temas históricos, épicos y narrativos, también constituye una fuente inagotable de material de primer orden relativo a la rememoración de muertes violentas, homicidios, asesinatos, traiciones y venganzas. Generalmente se referían a hechos de la realidad que, por un motivo u otro, el pueblo pretendía perpetuar mediante la composición de estos poemas breves, fácilmente memorables, redactados de manera sencilla y accesibles para la población, que de ese modo guardaba memoria de un suceso o de un personaje quedando en el recuerdo de estos poemas al ser cantados o recitados, a veces al son de un instrumento, con el paso de los años y aun de los siglos. Esta tradición, comenzada en la época medieval, se extiende desde el siglo xv hasta la actualidad, aunque perdiendo fuelle a partir del romanticismo decimonónico. La repetición de los poemillas y cantares populares, reiterada en el tiempo a modo de costumbre (concepto éste que las *Partidas* de Alfonso X definían como «derecho ó fuero que non es escripto, el qual han usado los homes luengo tiempo»: Ley 4. tit. 2. Part. I.), perpetuaban el hecho, la narración, el argumento muchas veces por encima del narrador, de suerte que la mayoría de estos poemas son anónimos (porque se ha perdido memoria de quien fuera el autor de los mismos, como cantara bellamente Manuel Machado: «Hasta que el pueblo las canta, / las coplas, coplas no son, / y cuando las canta el pueblo, / ya nadie sabe el autor»³) y, también, de la mayoría de estos romances existen numerosas, en ocasiones: múltiples variantes del mismo tema, que van conformándose con el devenir de los tiempos, al pasar los versos de una generación a otra, lo que hace también que el romance perpetúe en el tiempo el hecho cantado:

«Procura tú que tus coplas
vayan al pueblo a parar,
aunque dejen de ser tuyas
para ser de los demás.

Que, al fundir el corazón
en el alma popular,
lo que se pierde de nombre
se gana de eternidad»⁴.

³ MANUEL MACHADO, «Cualquiera canta un cantar», en sus *Poesía. Opera omnia lyrica*, Editora Nacional, Madrid, 1942, pág. 231; Id., *Poesías completas*, edición Antonio Fernández Ferrer, Editorial Renacimiento, Sevilla, 1993, pág. 249.

⁴ MANUEL MACHADO, «Cualquiera canta un cantar», en *Poesía. Opera omnia lyrica*, op. cit., pág. 231; Id., *Poesías completas*, op. cit., pág. 249.

Los temas de que se trata el romancero español son bien variados y oscilan de lo histórico a lo fronterizo, de lo épico a lo lírico. A lo largo de sus versos se relatan en muchas ocasiones episodios de muertes violentas, de asesinatos múltiples, de crímenes horrendos. Uno de los romances más interesantes en este sentido, por lo que cuenta y por la cantidad de variantes existentes, es el *Romance de don Fadrique, maestre de Santiago, y de cómo lo mandó matar el rey don Pedro, su hermano* (o, más abreviadamente, *romance de don Fadrique* o romance de *La muerte del maestre de Santiago*), que han estudiado recientemente Pedro Piñero y José Manuel Pedrosa en el exhaustivo libro *El romance del caballero a quien la muerte aguardaba en Sevilla*⁵. Muchas –y muy sugerentes– son las cuestiones que este romance plantea en el campo de los literarios y lingüísticos pero también lo son las que se suscita desde las ópticas penal, criminológica o victimológica en los recovecos que la trama plantea en cuanto a la etiología del crimen, a su resolución y ejecución, y a su tratamiento jurídico y penitenciario posterior

El romance narra un hecho rigurosamente histórico que aconteció en la ciudad de Sevilla durante el año 1358 y que ha quedado en los anales de la Historia de la ciudad y del país, al tiempo que originó esta modalidad de literatura popular que, a la vista de las numerosísimas variantes existentes y de tantas similitudes con algunos pasajes de obras clásicas como *El Libro de Buen Amor*⁶, tanta difusión había de alcanzar. El suceso narrado es el

⁵ PEDRO M. PIÑERO RAMÍREZ / JOSÉ MANUEL PEDROSA, *El romance del caballero a quien la muerte aguardaba en Sevilla: historia, memoria y mito*, prólogo de Giuseppe Di Stefano, Frente de Afirmación Hispanista A.C., México, 2017 (no obstante la mención editorial, el libro fue impreso en Gráficas Dehon, de Torrejón de Ardoz, en Madrid).

⁶ Interesantísimas son las reflexiones de los expertos en esta materia: así, las reflexiones de LORENZO POLAINO ORTEGA, *El Derecho procesal en el «Libro de Buen Amor»*, Imprenta Orellana, Madrid, 1948, págs. 5 y sigs. (que mereció, en su aparición, el elogio del maestro Menéndez Pidal, y el refrendo de la doctrina procesalista de la época: v. gr. NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Estampas procesales de la literatura española*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, págs. 101-110, e Id., *Derecho procesal en broma y en serio*, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Editorial Jus, S.A., México, 1978, págs. 157-160); y modernamente de PEDRO M. PIÑERO RAMÍREZ / JOSÉ MANUEL PEDROSA, *El romance del caballero a quien la muerte aguardaba en Sevilla*, op. cit., págs. 68 y sigs., 487 y sigs., quienes comparan y estudian el paralelismo entre el romance de *La muerte del maestre de Santiago* y un pasaje narrado en el *Libro de Buen Amor*, del Arcipreste de Hita, en concreto en las estrofas 893 y 903, que narra en cuaderna vía la fábula de un incauto y confiado asno que fue atraído seductora y embaucadoramente por un ávido león, que detestaba íntimamente al burro por la música que le había perturbado, con la resolución de asesinarlo, desmembrarlo y, de paso, darse un festín con él (pág. 81; más ampliamente, pág. 489). También aquí intervienen otros sujetos mediadores que maquinan la celada mortal: en concreto, una

fratricidio cometido por el Rey Don Pedro contra su hermano Don Fadrique, Maestre de Santiago. El suceso criminal no es, por tanto, nada nuevo, pues como recuerda Di Stefano «(a)l comienzo de la historia mitológica judeo-cristiana de la humanidad hallamos un doble estreno, el del vínculo de hermandad y el del fratricidio»⁷. El tema general del romance ahonda, pues, en el pecado original de la historia de la humanidad, en la expulsión de Adán y Eva del paraíso y en el fratricidio cometido por su primogénito Caín que dio muerte a su hermano Abel. Se reiteran aquí, pues, la traición, la relación de parentesco colateral por consanguinidad entre víctima y victimario y la naturaleza particularmente violenta del crimen producido entre ellos, el delito de sangre.

El caso concreto que aborda el romance tiene todos los componentes narrativos de un complejo hecho criminal: autor, inductor, cómplice, ejecutor, móvil, trama, engaño, venganza, víctima. De las diversas variantes de los romances se infiere la trama completa, cierta y rigurosamente documentada y que, en la reconstrucción romanceada de los hechos aparezca quizá adornada con algunos elementos ficcionales. El Rey don Pedro, llamado por algunos «el cruel» y por otros «el justiciero», atrae fraudulentamente con persuasiones y falsas promesas a su hermanastro don Fadrique a la corte de Sevilla con el señuelo de unos torneos que estaban por celebrarse en la ciudad andaluza. Don Fadrique, que acababa de ganar para el Rey una plaza en tierras murcianas, se apresura a acudir a la llamada real y acude engalanado y ávido de honores. Durante el camino, recibe advertencias que le aconsejan no acudir al encuentro del Rey, pero las desoye. Al entrar en la cámara real en las dependencias del Alcázar sevillano ya no hay marcha atrás: es separado de su escolta, se encuentra con su hermanastro el Rey quien le anuncia que va a morir de inmediato, ejecutado a manos de sus sirvientes, para poder dar de ese modo satisfacción a doña María de Padilla, amante del Rey, quien había pedido la cabeza de don Fadrique como ofrenda o presente, esto es: en «aguinaldo» o, como repiten varias versiones populares del romance, en «aguilando». Don Fadrique es decapitado (otras versiones afirman que fue golpeado en la cabeza violentamente con contundentes mazas y finalmente apuñalado), con el Rey como testigo, y su cabeza ofrecida a doña María sobre un plato. Uno de

zorra es quien traslada al burro la promesa de que acudiera al lugar donde sería honrado con una fiesta y con todo lo que demandase. El burro, confiado en que el Rey león iba a halagarlo como le habían anunciado, acude presuroso a la corte, donde «prendieron a Don Burro» y fue desmembrado.

⁷ Giuseppe Di Stefano, «Prólogo» a Pedro M. PIÑERO RAMÍREZ / JOSÉ MANUEL PEDROSA, *El romance del caballero a quien la muerte aguardaba en Sevilla*, op. cit., pág. 25.

los secretarios de don Fadrique, fiel a su señor hasta después de su muerte violenta, consigue hacerse con la cabeza para depositarla en lugar digno y darle piadosa sepultura. Poco después del horrendo crimen, el Rey es amonestado por una tía suya quien le afea la crueldad de su conducta y éste, arrepentido, ordena la detención de doña María a quien confina en presidio, donde paradójicamente la visita a diario, portándole personalmente víveres a quien fue su amante e instigadora del crimen abyecto.

Al margen de la introducción en la narración poética de los hechos de algunos elementos ficcionales o de contextualización, de cuya fidelidad y de cuya existencia dudan los expertos⁸, lo cierto es que el romance narra un hecho real, con una base empírica incuestionable, que ha sido históricamente documentada y que, en todo caso, ha originado una granada literatura (de la que es muestra patente la enorme variedad de variantes del romances nacidas del suceso), que tiene asimismo un interés extraordinario para el jurista desde la óptica del Derecho penal, de la Criminología y de la Victimología. El profesor Di Stefano en el prólogo a la obra explica que «(s)uelen rodear a la víctima y a su verdugo figuras como la del acusador (una mujer con frecuencia), la del ejecutor material de la condena, la del que la censura»⁹ y que además «no faltan recursos que contribuyen a realzar el patetismo y la dramatización del relato, y que a veces acompañaron realmente el suceso»¹⁰, significa que, en efecto, un suceso criminal (y, máxime, uno de la relevancia jurídico-penal y del calado criminológico y victimológico de un magnicidio con tan augustos protagonistas) no es, por lo general, un suceso frío y simple sino un complejo entramado de variada etiología, plural ejecución, diversa motivación, granada ejecución y difícil resolución que lo hace, de un lado, particularmente problemático pero también acentuadamente atractivo para recrear literariamente los recovecos de la trama. Ello explica que, como dicen los profesores Piñero y Pedrosa, «(l)a lectura de nuestro romance sigue causando escalofríos; su aliento épico, su tensión dramática, su intensidad emocional aliadas con el uso crudo y refinado a la vez que hace de símbolos y de fórmulas, lo

⁸ PEDRO M. PIÑERO RAMÍREZ / JOSÉ MANUEL PEDROSA, *El romance del caballero a quien la muerte aguardaba en Sevilla*, op. cit., pág. 30.

⁹ GIUSEPPE DI STEFANO, «Prólogo» a PEDRO M. PIÑERO RAMÍREZ / JOSÉ MANUEL PEDROSA, *El romance del caballero a quien la muerte aguardaba en Sevilla*, op. cit., pág. 21.

¹⁰ GIUSEPPE DI STEFANO, «Prólogo» a PEDRO M. PIÑERO RAMÍREZ / JOSÉ MANUEL PEDROSA, *El romance del caballero a quien la muerte aguardaba en Sevilla*, op. cit., pág. 21.

colocan en una de las cotas más elevadas que ha alcanzado la poesía en lengua española»¹¹.

Un estudio más detenido de *dogmática* penal llevaría, por ejemplo, a dilucidar la imputación penal en el presente supuesto (esto es: la atribución de responsabilidad a cada sujeto competente por la infracción de la norma), lo que lleva necesariamente a analizar el grado de intervención delictiva de cada sujeto interviniente en la trama: así, por ejemplo, la responsabilización de doña María como inductora; el Rey como garante, titular de un deber positivo e institucional, en la «competencia por institución», según la terminología funcionalista de Jakobs y su escuela; o bien, el contexto criminal de un aparato organizado de poder, en el seno de una estructura jerarquizada corrupta, manifiestamente apartada del Derecho y con instrumentos o ejecutores fungibles que cumplen órdenes del superior, como en la conocida teoría sobre «aparatos organizados de poder» formulada por Roxin en 1963 y aplicada a algunos casos recientes de Estados corruptos, como la condena al expresidente peruano Alberto Fujimori y todo ello sin entrar en la circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal que pudieran apreciarse aquí en el asesinato (regulado en el art. 139 del Código penal español), además de las específicas del ensañamiento (esto es: aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido); del precio, recompensa o promesa (que no tiene lógicamente por qué ser de contenido puramente económico, sino una pretensión de cualquier índole, también la puramente sádica); o de la alevosía (empleando en la ejecución del hecho medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido), propias del tipo penal de asesinato, también otras genéricas como «ejecutar el hecho (...) con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente» (art. 22.2^a CP), esto es: con maquinaciones fraudulentas, con engaños, empleando burdamente falsas promesas embaucadoras, cometiendo el hecho en cuadrilla o comandita, con empleos de contundentes armas homicidas, en la clausura de un aposento, etc.; u obrando el culpable «con abuso de confianza» (art. 22.6^a CP), además, claro está, de la llamada circunstancia mixta de parentesco, del art. 23 CP, que en este caso sería considerada un elemento agravante de la responsabilidad por cometerse crimen de sangre frente a un miembro de la propia stirpe que organiza la emboscada mortal.

¹¹ PEDRO M. PIÑERO RAMÍREZ / JOSÉ MANUEL PEDROSA, *El romance del caballero a quien la muerte aguardaba en Sevilla*, op. cit., pág. 42.

III. *EL CABALLERO DE OLMEDO*

Pasemos a otra obra, otro clásico de la literatura española: la tragedia *El caballero de Olmedo* de Lope de Vega, escrita en torno a 1620 y que Lope no vería publicada en vida, apareciendo impreso el texto en 1641, luego de la muerte de su autor. La obra, dividida en tres actos, narra la historia de don Alonso Manrique, «el caballero de Olmedo», que en la feria de Medina, adonde acude junto a su fiel sirviente Tello, se encuentra con una bella dama, doña Inés, de la que se enamora. Para procurar su atención recurre a los favores de la anciana alcahueta Fabia quien hace de intermediaria llevándole un recado amoroso de parte de don Alonso. Doña Inés, prometida de don Rodrigo, contesta el mensaje amoroso y emplaza a don Alonso a recoger del jardín de su casa un listón verde de chinelas, que había de enfundárselo para que de ese modo pudiera reconocerlo. Pero don Rodrigo (y su amigo don Fernando) se habían topado con el listón que se coloca don Rodrigo. Al verlo, doña Inés cree que es una triquiñuela de la vieja alcahueta para que se enamorara de su prometido, a quien en realidad no ama, pero la vieja le saca del error informándole de la identidad real del autor de la carta. Don Alonso, consciente del peligro que entrañaba la relación prohibida, conoce y comienza a frecuentar a doña Inés. Al ser encontrada despierta de madrugada por su padre don Pedro, doña Inés miente diciendo que se hallaba rezando y que su vocación es ordenarse monja, lo cual llega a suceder. En la feria de Medina don Alonso concita los elogios generalizados por su pericia como jinete y como picador de toros, lo que enfurece a don Rodrigo, deshecho en celos. En un lance, para más inri, don Rodrigo se precipita del caballo delante de un toro y don Alonso le salva la vida milagrosamente. Posteriormente, ya camino de Olmedo, don Alonso (que había tenido días atrás un sueño premonitorio de su muerte) escucha en el camino una coplilla que augura «la muerte de caballero de Olmedo» cantada por un labriego de la zona: «*Sombras le avisaron / que no saliese / y le aconsejaron que no se fuese*». Poco después, a tres kilómetros de su casa, en la llamada Cuesta del Caballero, se topa con don Rodrigo, su amigo Fernando y el criado Mendo, a quienes procede a saludar, pero de manera inopinada y a traición don Alonso es atacado por ellos y resulta muerto violentamente a manos de Mendo, huyendo a continuación los tres a Medina. Entretanto doña Inés había confesado a su padre su amor por don Alonso, accediendo al matrimonio con éste. Tello llega con la mala nueva y se encuentra con don Rodrigo y don Fernando quienes pretender pedir la mano de doña Inés y de otra dama, doña Leonor. Tello les informa del crimen cometido por estos varones, de lo cual es informado el Rey quien mandar ejecutar a los culpables.

Al margen de lo interesante de la trama del asesinato de don Alonso Manrique, y de sus manifiestas concomitancias y repercusiones penales y victimológicas, resulta curioso igualmente que el mito literario del caballero de Olmedo encuentra su fundamento en una célebre copla popular, en la que se basa Lope de Vega para redactar su obra (y que luego sería retomada por García Lorca), y que reza:

«Que de noche le mataron
al Caballero,
la gala de Medina,
la flor de Olmedo».

Los antecedentes del mito del caballero de Olmedo son inciertos. Algunos estudiosos consideran que hay que hallarlo en un caso real, sucedido un siglo antes, el 6 de noviembre de 1521: el asesinato alevoso de Juan de Vivero, residente en Olmedo, a mano de su vecino Miguel Ruiz, que le salió al encuentro cuando aquél tornaba a su morada procedente de la fiesta de toros de Medina del Campo. El suceso, documentado en un legajo del archivo histórico de Simancas hallado por el historiador Joseph Pérez en 1966, pudo inspirar a Lope para redactar su tragicomedia, aunque no hay constancia de que Lope conociera los pormenores del asesinato. Probablemente no le llegaron a él tales pormenores porque, con el paso de los años se había olvidado el asunto o, más exactamente, se había convertido en leyenda¹². El estudio de esa documentación ha permitido posteriormente extraer los datos que adornaron el caso real, del cual ilustran posteriormente Alonso López de Haro en su obra *Nobiliario genealógico de los Reyes y Títulos de España*, del año 1622, y Juan Antonio de Montalvo en su *Memorial histórico de Medina del Campo*, de 1633, que data «aquel suceso tan celebrado del caballero de Olmedo» de manera aproximativa en «un día cerca de Todos los Santos» de 1521, precisamente bajo el reinado del Rey Carlos I, mientras que en la obra de Lope se produce durante el reinado de Juan II. Vivero, la víctima del caso real, era Señor de Castroñuño y Alcaraz, y caballero de la Orden de Santiago, y su familia tenía enemistad antigua con la familia del victimario. Éste, Miguel Ruiz, luego de su fechoría, se refugiaría en el Monasterio Jerónimo de Santa María de la Mejorada, donde recibiría protección y encubrimiento por parte de los frailes que le blindaron frente a quienes acudían en su busca. Vestido con el disfraz de fraile, el asesino lograría huir, embarcándose a las Indias,

¹² HEINZ-PETER ENDRESS, «La creación de una obra maestra: *El Caballero de Olmedo*. Una tentativa de reconstrucción», op. cit., pág. 201.

donde tomaría el hábito de Santo Domingo y residiría largas décadas hasta su muerte.

En la ficción la muerte –es más: el asesinato, la muerte violenta– juega, como en la realidad, un papel fundamental. Zamora Vicente, uno de los grandes expertos lopistas, llega a afirmar que la muerte «es el gran personaje de la comedia»¹³. En el mismo sentido, sostiene Endress que la idea de la muerte constituye «un punto cardinal tanto en el cantar como en la pieza»¹⁴, y lo es a pesar de que no es, ciertamente, sorprendente que el Caballero termine muriendo («la muerte de don Alonso no es en sí misma, por supuesto, nada original. Se sabía ya de entrada»¹⁵) aunque sí lo sea, y en no escaso grado, el «rotundo acierto dramático» –en palabras de Francisco Rico¹⁶– que representa el que el autor implique tanto al espectador como al propio personaje víctima del asesinato ante la decisión urgente e inminente de conceder verosimilitud al labriego que auguraba su muerte.

En suma, la obra conforma un bello ejemplo de literaturización de la muerte, de decisión –compartida, comunicada– ante la finitud, de los augurios de muerte violenta, los presagios del sufrimiento y del dolor, del asesinato a traición por abyectos móviles humanos, de la vulgarización, en suma, del delito, tantas veces debidos a la pedestre debilidad humana que a motivos sublimes y trascendentes.

IV. LA TIERRA DE ALVARGONZÁLEZ

Otro ejemplo destacado de poema con una temática referente a un crimen de sangre, esta vez dentro de la poesía española del primer tercio del siglo xx, es *La tierra de Alvargonzález*, de Antonio Machado. Escrito en Soria en 1909, originariamente el poema apareció –dedicado a Juan Ramón Jiménez y junto a otros cincuenta y tres– en el más conocido de sus títulos, *Campos de Castilla*, cuya primera edición publicó Renacimiento,

¹³ ALONSO ZAMORA VICENTE, *Lope de Vega: su vida y su obra*, Madrid, Gredos, 1961, pág. 215.

¹⁴ HEINZ-PETER ENDRESS, «La creación de una obra maestra: *El Caballero de Olmedo*. Una tentativa de reconstrucción», en Anthony J. Close / Sandra María Fernández Vales, *Edad de oro cantabrigense. Actas del VII Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas del Siglo de Oro*, Asociación Internacional del Siglo de Oro (AISO), 2006, pág. 205.

¹⁵ HEINZ-PETER ENDRESS, «La creación de una obra maestra: *El Caballero de Olmedo*. Una tentativa de reconstrucción», op. cit., pág. 203.

¹⁶ FRANCISCO RICO, «Introducción» a su edición de *El Caballero de Olmedo*, 1989, pág. 73. Heinz-Peter Endress, «La creación de una obra maestra: *El Caballero de Olmedo*. Una tentativa de reconstrucción», op. cit., pág. 203.

de Madrid, en 1912¹⁷. A partir de 1917 también aparecería el poema en sus *Poesías Completas* y, todavía en vida del autor, se publicaría una edición exenta del poema, junto a *Canciones del Alto Duero*, en la colección popular de la Editorial Nuestro Pueblo, en 1938, en plena guerra civil y un año antes de la muerte del poeta¹⁸. Además de la versión en verso del poema, Machado también redactó otro texto en prosa, anterior al poema, sobre el mismo suceso. Ese texto vería la luz en la revista *Mundial Magazine*, publicada en París y dirigida por el poeta nicaragüense Rubén Darío (núm. 9, enero 1912).

El poema se compone de 712 versos, divididos en XXX partes, algunas innominadas y otras rubricadas con títulos bien expresivos y de acentuada significación jurídico-penal (como «Castigo» o «Los asesinos»). La obra rescata la vieja tradición del romance épico y del romance narrativo, tan frecuente y tan característico de una época destacada de la poesía española, buceando en las raíces folclóricas y populares mediante la narración de un episodio criminal en el seno de una familia castellana contado de manera realista y descriptiva. El mismo Machado, en el prólogo a la primera edición de sus *Poesías Completas*, explica su propósito de esta manera:

«(...) pensé que la misión del poeta es inventar nuevos poemas de lo eterno humano, historias animadas que, siendo suyas, viviesen por sí mismas. Me pareció el romance la suprema expresión de la poesía y quise escribir un nuevo romancero. A este propósito responde *La tierra de Alvargonzález*»¹⁹.

De este romance brotado del pueblo y que cuenta un caso vulgar de envidias y de traiciones, de odios y de venganzas, hace Machado poesía (la poesía, una vez más, no surge sólo de la belleza y de la bondad, sino de la crueldad y del sufrimiento). Eso es lo que, desde la concepción de Machado, da viveza al cuadro, realidad al suceso: el hecho de que no sea un episodio ficcionado desde «arriba», imaginado sin mirar a la realidad, sino precisamente la narración de un episodio verídico acontecido en el seno de una familia «normal», con sus bondades y sus miserias, en cuyo espejo pudieran reconocerse todos los demás.

¹⁷ ANTONIO MACHADO, *Campos de Castilla*, Renacimiento Sociedad Anónima Editorial, Panteón 8, Madrid, 1912 (reedición facsímil publicado por la Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado, presentación de José Manuel Suárez Japón, introducción de Antonio Chicharro, Jaén, 2010). *La tierra...* ocupa las páginas 65 a 145.

¹⁸ ANTONIO MACHADO, *La tierra de Alvargonzález y Canciones del Alto Duero*, Editorial Nuestro Pueblo, Barcelona, 1938. *La tierra...* abarca las páginas 7 a 58.

¹⁹ ANTONIO MACHADO, *Poesías completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1917, pág.

Como vimos con *El Caballero de Olmedo*, para la que Lope se inspiró en el asesinato real de Juan de Vivero a manos de Miguel Ruiz el año 1521, también para redactar *La tierra de Alvargonzález* se inspiró Machado en un asesinato que sucedió en la realidad y del que tendría noticia con motivo de un viaje expedición que, junto a algunos amigos, haría el poeta hacia las fuentes del Duero. Durante el trayecto, realizado en parte a caballo, se encuentra con un labriego que recita un romance oído en su niñez y referido al crimen cometido en las tierras de Alvargonzález. Esa narración da pie a la reconstrucción del hecho criminal en el texto de Machado.

El poema narra la historia Alvargonzález, un campesino acomodado propietario de una estimable hacienda fruto de su trabajo en sus tierras a las que amaba, y de su posterior asesinato a manos de sus dos hijos mayores, Juan y Martín, quienes –movidos por la envidia, el rencor y la avaricia desmedida e instigados por sus respectivas esposas, nueras de Alvargonzález «*que le trajeron cizaña / antes que nietos le dieran*»: versos 31 y 32– ahogan al padre en una laguna para obtener en herencia las tierras de la familia. La muerte del patriarca a manos de los hijos parricidas tendrá, a partir de ahí efectos diversos: de un lado, la propia muerte de la esposa de la víctima y madre de los asesinos, una mujer sencilla de vida familiar, dedicada a las labores del hogar (de ella se dice que «*vigila, cose / y, a ratos, sonríe y canta*»: versos 73 y 74), quien después del asesinato de su marido queda sumida en el dolor y en la pena, y con la sospecha fundada de la autoría del crimen de su esposo («*Pasados algunos meses, / la madre murió de pena. / Los que muerta la encontraron / dicen que las manos yertas / sobre el rostro tenía, / oculto el rostro con ellas*», versos 151 a 156); de otro, cómo cambia todo el panorama para los asesinos a partir de ese momento: las tierras por las que mataron al padre se vuelven baldías y no producen, las ovejas desaparecen o mueren sin causa lógica aparente, todo es una suerte de castigo providencial frente a los hermanos cainitas. Al poco llega desde América Miguel, el hermano menor, la contrafigura en honestidad y en laboriosidad de sus hermanos mayores, virtudes que había heredado del mayor Alvargonzález. El joven ya había cobrado por anticipado la herencia para marchar a ultramar de donde regresa lleno de prosperidad. Miguel compra las tierras paternas, con el huerto, el colmenar y el cortijo a los parricidas y, para asombro de éstos, las hace florecer y producir de nuevo. Finalmente, los asesinos, proscritos y arruinados, sumergidos en la miseria humana y moral, perecen ahogados en la misma laguna donde habían hecho desaparecer a su padre para borrar su rastro.

Desde luego, en el trasfondo del crimen subyace el cainismo que surge a veces entre personas de la misma sangre que, movidas por una actitud de odio o de fuerte animadversión, son capaces de acabar con la vida de sus más allegados. La sombra de Caín, el primer fratricida de la humanidad

según la Biblia, planea expresamente en los versos de este poema así como en otros textos del mismo Machado, que evidencia de esa manera su interés por esta historia fundacional del crimen familiar en la historia de la humanidad. Así, al inicio de *La tierra de Alvargonzález*, en los versos 25 a 28 del poema, se afirma:

«Mucha sangre de Caín
tiene la gente labriega,
y en el hogar campesino
armó la envidia pelea».

Parece que el interés por el cainismo aflora en Machado desde su juventud, a tenor de su poema «Recuerdo infantil», donde rememora:

«Una tarde parda y fría
de invierno. Los colegiales
estudian. Monotonía
de lluvia tras los cristales.
Es la clase. En un cartel
se representa a Caín
fugitivo, y muerto Abel,
junto a una mancha carmín».

Y luego, andando el tiempo, persiste su interés por la historia ancestral, como en su poema «Por tierras de España», que concluye de esta manera:

«Veréis llanuras bélicas y páramos de asceta
—no fue por estos campos el bíblico jardín—:
son tierras para el águila, un trozo de planeta
por donde cruza errante la sombra de Caín».

El poema se encuentra secuenciado en varios episodios principales: de un lado, el propio crimen, eje central en torno al cual gira la narración; de otro, el propio castigo de los culpables; finalmente, el regreso y la prosperidad del hermano honesto. A su vez, varias son las claves del poema, como resumiremos esquemáticamente a continuación:

- De un lado, el hecho criminal encuentra en poetización de Machado un motivo humano, fieramente humano: la avaricia, el egoísmo, la envidia, la falsedad, la cobardía que muestran los parricidas y que les lleva a cometer el horrendo crimen contra su progenitor.

- De hecho, la inteligencia a modo de conclusión moral de la necesidad de recompensa del bien y de la honestidad y, paralelamente, la necesidad de reprobación del mal y de castigo de los culpables, a propósito de cuyo castigo se insinúa la *poena naturalis* fundada en el principio de la ley del talión: «ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre», no tanto en la versión de la justificación de la venganza sino más en la concepción de la retribución ética al modo kantiano de *La Metafísica de las costumbres* como modo de materialización de la justicia.
- Por otro lado, en la descripción de los protagonistas, a veces rudimentaria en exceso, coexiste no sólo la mención de virtudes (laboriosidad o desméritos morales sino también de rasgos físicos, favorables en uno, negativos en los otros. Así, del joven Miguel se dice que «niño y aventurero / fue más allá de los mares / y hoy torna indiano opulento» y, además, desde el punto de vista físico se dice de él que era «el más bello» de los tres), mientras que de los otros se afirma que «... al mayor afeaba / el muy poblado entrecejo, / bajo la frente mezquina, / y al segundo, los inquietos / ojos que mirar no saben / de frente, torvos y fieros» (versos 385-390). Recordemos que en época no muy lejana al tiempo en que escribe Machado habían aflorado en Italia las tesis psicobiologicistas de Lombroso que caracterizaban al delincuente no solo por su perversidad sino por su constitución física.
- Finalmente, la mezcla entre lo humano y lo sobrenatural o divino, que afecta tanto a la tierra –que, afectada de maldición, quedará baldía en manos de los parricidas y sobre la cual ya un cantar anónimo y premonitorio había avisado: «La tierra de Alvargonzález / se colmará de riqueza, / y el que la tierra ha labrado / no duerme bajo la tierra»: versos 209 a 214– como a ellos mismos, que sufren el castigo divino reparador de su mal horrendo. Terminan, por ello, pereciendo ahogados los dos en la misma laguna donde habían perpetrado su vil fechoría:

«¡Padre!, gritaron: al fondo
de la laguna serena
cayeron, y el eco ¡padre!,
repitió de peña en peña»
(versos 709 a 712).

V. EL ROMANCERO GITANO

Finalmente, querría referirme aquí a uno de los más celebrados títulos de la poesía española del Siglo xx: el *Primer Romancero Gitano*, de Federico García Lorca, aparecido en su primera edición en 1928, al año siguiente de la mítica reunión, auspiciada por el Ateneo de Sevilla, en conmemoración del tercer centenario de la muerte de Góngora, celebrada en 1927, motivo que originó la denominación con que se conoció a la Generación del 27. El *Romancero* de Lorca rescata la composición poética del romance, eminentemente narrativo, de tanta tradición en la literatura española, y mediante el cual recrea el mundo de los gitanos en Andalucía, la dificultad de su incursión social, la confrontación entre los gitanos y los agentes de la autoridad (como la Guardia civil), la compleja socialización de un colectivo caracterizado por costumbres autóctonas y su peculiar idiosincrasia. Se trata de una obra llena de simbolismo, en la que su autor, particularmente rico en esos recursos, aborda otros temas clásicos de su poesía (desde la luna a la noche, desde el cielo a la muerte) mediante una sucesión de acontecimientos, de sucesos a mitad de camino entre lo real, lo metafórico y lo mítico.

En ese ambiente descrito por Lorca también hay margen para el sufrimiento, el dolor, la confrontación entre clanes o entre colectivos o estamentos (gitanos, Guardia civil), el asesinato o las lesiones graves, que originan muerte y heridas mortales, donde los elementos simbólicos adquieren aquí una significación especial: la luna, el caballo, los metales, el color negro, las rosas, etc., todos ellos trasunto de la muerte.

Paradigmáticos son, a este respecto, el romance «Muerte de Antoñito el Camborio», dedicado por cierto a José Antonio Rubio Sacristán, que sería con el tiempo Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Valladolid (como otro poema del *Romancero* estaría dedicado a su amigo y paisano Alfonso García-Valdecasas, con el tiempo Catedrático de Derecho civil y Académico de la Española); así como el poema «Reyerta», dedicado a Rafael Méndez, y el «Romance sonámbulo», dedicado a Gloria Giner y al político y Catedrático granadino Fernando de los Ríos.

«Muerte de Antoñito el Camborio» narra el asesinato de un gitano llamado Antonio Torres Heredia en una reyerta familiar que les enfrenta a cuatro de sus primos, apellidados Heredia y naturales de Benamejé, quienes le guardan rencor y le profesan envidia a su primo Camborio. Es asaltado por ellos, se defiende en la pelea, que deviene encarnizada y feroz, pero resulta insalvable la superioridad numérica y el potencial lesivo y devastador de sus atacantes, quienes le asestan tres puñaladas, resultando el Camborio mortalmente herido, pidiendo auxilio a un tal Federico García

para que avise a la Guardia civil, de manera infructuosa pues cae muerto al instante.

«Voces de muerte sonaron
cerca del Guadalquivir.
Voces antiguas que cercan
voz de clavel varonil.
Les clavó sobre las botas
mordiscos de jabalí.
En la lucha daba saltos
jabonados de delfín.
Bañó con sangre enemiga
su corbata carmesí,
pero eran cuatro puñales
y tuvo que sucumbir.
Cuando las estrellas clavan
rejones al agua gris,
cuando los erales sueñan
verónicas de alhelí,
voces de muerte sonaron
cerca del Guadalquivir.

Antonio Torres Heredia.
Camborio de dura crin,
moreno de verde luna,
voz de clavel varonil:
¿Quién te ha quitado la vida
cerca del Guadalquivir?
Mis cuatro primos Heredias
Hijos de Benamejí.

Lo que en otros no envidiaban,
ya lo envidiaban en mí.
Zapatos color corinto,
medallones de marfil,
y este cutis amasado
con aceituna y jazmín.
¡Ay, Antoñito el Camborio,
digno de una Emperatriz!
Acuérdate de la Virgen
porque te vas a morir.
¡Ay Federico García,
llama a la guardia civil!
Ya mi talle se ha quebrado
como caña de maíz.

Tres golpes de sangre tuvo
y se murió de perfil.
Viva moneda que nunca
se volverá a repetir.
Un ángel marchoso pone
su cabeza en un cojín.
Otros de rubor cansado
encendieron un candil.
Y cuando los cuatro primos
llegan a Benamejí,
voces de muerte cesaron
cerca del Guadalquivir».

El romance «Reyerta» abunda en la misma temática de la socialización del colectivo de gitanos y de sus contactos a veces conflictivos entre sí o con otros sujetos. Aquí el protagonista no es andaluz sino castellano, y resulta igualmente atacado y, finalmente, muerto en una reyerta.

«En la mitad del barranco
las navajas de Albacete,
bellas de sangre contraria,
relucen como los peces.
Una dura luz de naipe
recorta en el agrio verde
caballos enfurecidos
y perfiles de jinetes.

En la copa de un olivo
lloran dos viejas mujeres.
El toro de la reyerta
su sube por la paredes.
Angeles negros traían
pañuelos y agua de nieve.
Angeles con grandes alas
de navajas de Albacete.

Juan Antonio el de Montilla
rueda muerto la pendiente
su cuerpo lleno de lirios
y una granada en las sienes.
Ahora monta cruz de fuego,
carretera de la muerte.

El juez con guardia civil,
por los olivares viene.
Sangre resbalada gime
muda canción de serpiente.
Señores guardias civiles:

aquí pasó lo de siempre.
Han muerto cuatro romanos
y cinco cartagineses

La tarde loca de higueras
y de rumores calientes
cae desmayada en los muslos
heridos de los jinetes.
Y ángeles negros volaban
por el aire del poniente.
Ángeles de largas trenzas
y corazones de aceite».

Finalmente, traemos a colación el conocido «Romance sonámbulo», uno de los más emblemáticos del libro entero, donde entremedios de floridas metáforas y de sonoras metáforas subyace también un mundo de violencia y de confrontación:

«Verde que te quiero verde.
Verde viento. Verdes ramas.
El barco sobre la mar
y el caballo en la montaña.
Con la sombra en la cintura
ella sueña en su baranda
verde carne, pelo verde,
con ojos de fría plata.
Verde que te quiero verde.
Bajo la luna gitana,
las cosas la están mirando
y ella no puede mirarlas.

Verde que te quiero verde.
Grandes estrellas de escarcha,
vienen con el pez de sombra
que abre el camino del alba.
La higuera frota su viento
con la lija de sus ramas,
y el monte, gato garduño,
eriza sus pitas agrias.
¿Pero quién vendrá? ¿Y por
dónde...?
Ella sigue en su baranda,
verde carne, pelo verde,
soñando en la mar amarga.

Compadre, quiero cambiar
mi caballo por su casa,
mi montura por su espejo,
mi cuchillo por su manta.
Compadre, vengo sangrando
desde los puertos de Cabra.
Si yo pudiera, mocito,
este trato se cerraba.
Pero yo ya no soy yo,
ni mi casa es ya mi casa.
Compadre, quiero morir
decentemente en mi cama.
De acero, si puede ser,
con las sábanas de holanda.
¿No veis la herida que tengo
desde el pecho a la garganta?
Trescientas rosas morenas
lleva tu pechera blanca.
Tu sangre rezuma y huele
alrededor de tu faja.
Pero yo ya no soy yo.
Ni mi casa es ya mi casa.
Dejadme subir al menos
hasta las altas barandas,
¡Dejadme subir!, dejadme
hasta las altas barandas.

Barandales de la luna
por donde retumba el agua.

Ya suben los dos compadres
hacia las altas barandas.
Dejando un rastro de sangre.
Dejando un rastro de lágrimas.
Temblaban en los tejados
farolillos de hojalata.
Mil panderos de cristal,
herían la madrugada.

Verde que te quiero verde,
verde viento, verdes ramas.
Los dos compadres subieron.
El largo viento dejaba
en la boca un raro gusto
de hiel, de menta y de albahaca.
¡Compadre! ¿Dónde está, dime?
¿Dónde está tu niña amarga?

¡Cuántas veces te esperó!
¡Cuántas veces te esperara,
cara fresca, negro pelo,
en esta verde baranda!

Sobre el rostro del aljibe,
se mecía la gitana.
Verde carne, pelo verde,
con ojos de fría plata.
Un carámbano de luna
la sostiene sobre el agua.
La noche se puso íntima
como una pequeña plaza.
Guardias civiles borrachos
en la puerta golpeaban.
Verde que te quiero verde.
Verde viento. Verdes ramas.
El barco sobre la mar.
Y el caballo en la montaña».

VI. FINAL

La poesía hispanohablante (aquí nos hemos limitado por cuestiones de espacio a la literatura española, pero otros muchos ejemplos interesantísimos se hallan en la literatura hispanoamericana) es particularmente rica en la exposición de temas, tramas, desenlaces, intrigas, conflictos que tienen que ver con la muerte y, en especial, con la muerte violenta constitutiva de un delito de sangre (homicidio, asesinato, o las viejas modalidades de parricidio, fratricidio o infanticidio). Ello permite desarrollar una *teoría general* —desde el autor a la pena, desde la ejecución a la consumación del hecho— de la muerte violenta basada en nuestra poesía. En estas páginas me limité a ofrecer un apunte introductorio y esquemático, mencionando a modo de ejemplo algunos poemas representativos. En ellos, además de la calidad literaria de los mismos, sobresalen aspectos penales, penitenciarios, criminológicos y victimológicos a los que no siempre se ha prestado atención y que, sin embargo, nos ofrecen un sugerente punto de vista desde el que analizar la literatura castellana.

La innecesaria y desproporcionada injerencia penal del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en el derecho de reunión

Guillermo Portilla Contreras
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén



I. INTRODUCCIÓN

EL DERECHO DE REUNIÓN, figura indispensable en la reclamación de los derechos sociales, políticos y económicos, como manifestación colectiva de la libertad de expresión, nunca fue del agrado del neoliberalismo y tampoco, en los últimos tiempos, del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional¹. Una serie de decisiones judiciales vuelven a convertir en delictivo, como ocurría en la dictadura, el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

II. EL MOVIMIENTO 15-M EN EL PUNTO DE MIRA

A propósito de esta represión judicial, una de sus víctimas preferidas ha sido el Movimiento de Protesta 15-M. Más concretamente la concentración denominada «*Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin re-tallades*», cuyo objetivo era evitar que se adoptara la decisión política de seguir reduciendo los gastos sociales.

¹ El TEDH ha remarcado la conexión entre la libertad de expresión (*lex generalis*) y el derecho de reunión (*lex specialis*) como presupuesto de la democracia participativa. Cfr. STEDH 15/10/2015, Caso Kudrevicius y otros c. Lituania).

En una sentencia inobjetable, (Audiencia Nacional, 31/2014, 7/7/2014, (Ponente Ramón Sáez)), se interpretó que en los imputados por esta concentración no concurrían los elementos típicos del artículo 498 CP (delito contra los representantes de las instituciones del Estado) y, en todo caso, sus conductas siempre habrían quedado amparadas por el efecto desalienante que absorbe aquellos comportamientos de escasa lesividad para, de ese modo, proteger lo esencial, el ejercicio del derecho de reunión, manifestación y libertad de expresión. El tribunal, incluso admitiendo que pudo existir un cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación, interpretaba tal extralimitación como necesaria si realmente se quiere dotar al derecho a la protesta social y a la crítica política de un mínimo de eficacia.

Sin comprender la solución propuesta, la STS 161/2015, 17/3/2015, (Ponente Manuel Marchena), razonó que no podía alegarse la causa de justificación del 20.7 CP puesto que era incorrecta la evaluación de los valores constitucionales en juego. Según el TS la AN ponderó la libertad de expresión y el derecho de reunión con el derecho al honor de los representantes públicos, cuando realmente debería haber comparado entre los derechos de expresión/ reunión y el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el Órgano legislativo (art. 23.1 CE, el derecho a desarrollar y ejercer libremente sus cargos). Interpreta el TS que las conductas analizadas entorpecieron la labor de los representantes y, de ese modo, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Esa es la razón por la que se condena por un delito contra las Instituciones del Estado (artículo 498) a la pena de tres años de privación de libertad.

Una solución que ha sido ratificada por la STC 133/2021, de 24/6/2021. Al igual que el TS, sin respetar el principio de responsabilidad subjetiva, el Tribunal Constitucional evaluó las conductas de algunos de los participantes en esa concentración, no por su desvalor en sí sino por el contexto en el que se produjeron los hechos, esto es, por la actuación ilícita de terceras personas que no llegaron a ser imputadas al no ser identificadas: «...la evaluación del carácter coercitivo o intimidatorio de las conductas imputadas no puede aislarse del contexto en el que se desarrollaron»². En consecuencia, al tratarse de conductas absolutamente irrelevantes, el TC no

² STC 133/2021, de 24/6/2021, p. 39. En contra de esta decisión se han manifestado los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón al entender que se trató de una concentración debidamente comunicada a la autoridad competente, que, con carácter general, tuvo naturaleza pacífica, tanto en su convocatoria como en su desarrollo, al margen de situaciones específicas de tensión; además, su intención no era propiciar una paralización de la acción legislativa sino mostrar a los representantes políticos su

tuvo más remedio que justificar su actuación recurriendo a un inquietante e irreal escenario: la existencia de un «clima coactivo» o una «atmósfera intimidatoria». Se recrea una especie de delito cumulativo que da sentido al tipo penal: la situación de hostilidad generada por otros manifestantes, no detenidos ni procesados, que, con carácter previo o coetáneo, realizaron diversos actos intimidatorios consistentes en el lanzamiento de objetos y líquidos o el rociado de pintura.

El inmediato corolario de estas decisiones judiciales es la penalización del derecho a la protesta con un argumento claramente imaginario: que los concentrados hicieron uso de la fuerza, violencia o intimidación para impedir que diversos diputados del *Parlament* de Cataluña pudieran acceder a la Cámara. Así se transforma lo que fue una concentración pacífica, que tan solo retrasó (perturbó, no impidió) unos minutos el ejercicio de la sesión parlamentaria prevista, en un acto coactivo que impidió a los parlamentarios cumplir con su función constitucional.

Aunque así fuera, en la línea apuntada por el TEDH, atribuir a los condenados la existencia contingente de concretas conductas intimidadoras llevadas a cabo por terceros, de ninguna manera puede modificar la condición pacífica de la reunión³. Es precisamente el TEDH el que insiste reiteradamente en que la reunión es pacífica siempre que el partícipe lo sea, aún cuando coincida con esporádicas acciones violentas de terceros (SSTEDH de 12 de junio de 2014, caso *Primov* y otros c. Rusia, § 155; 25 de julio de 2017, caso *Annenkov* y otros c. Rusia, § 124; 6 de octubre de 2020, caso Laguna Guzmán c. España, § 35)⁴.

En resumen, la cuestión a debatir es si los comportamientos realizados en aquella concentración fueron o no atípicos. Y en el supuesto de ser típicos si forman parte del ejercicio legítimo del derecho de reunión, de libertad de expresión, del derecho a participar directamente en los asuntos públicos o, por el contrario, se sitúan en el ámbito de las conductas prohibidas por el artículo 498.

De la lectura de los hechos probados se llega a la convicción de que la convocatoria cumplió con todos los requisitos legales; su celebración se

disconformidad con las líneas ideológicas en que se sustentaba el proyecto de presupuestos a aprobar. Cfr. Voto particular. STC 133, p. 15.

³ En su voto particular, Xiol y Balaguer afirman que «...el recurso al sistema de justicia penal para imponer una sanción de tal gravedad, es desproporcionado y lesivo del derecho de reunión por el efecto desaliento que para el ejercicio de este derecho puede implicar». Cfr. STC 133, p. 12

⁴ En otras sentencias del TEDH se hace hincapié en la necesidad de que en los organizadores y participantes no existan intenciones violentas ni incitaciones a la violencia: 25 de julio de 2017, caso *Annenkov* y otros c. Rusia, § 122; 15 de noviembre de 2018, caso *Navalnyy* c. Rusia, § 98.

comunicó a la autoridad con los datos correctos de fecha, hora e itinerario. Al tiempo, nunca existió en los concentrados la finalidad de limitar la capacidad de decisión de los parlamentarios, de prohibir o impedir su acceso al recinto y sí, por el contrario, de expresar su malestar ante los recortes económicos, sociales, y, como es lógico, presionar para tratar de influir en la decisión final adoptada. Como deben saber sus señorías esa es la finalidad de cualquier manifestación.

A la falta del elemento subjetivo del artículo 498 habría que añadir que los hechos evaluados eran atípicos. En efecto, no concurrió fuerza, violencia, intimidación o amenaza en ninguna de las conductas que han podido demostrarse: levantar una mano y el brazo derecho ante un diputado; acercarse a un vehículo tocando la carrocería; intentar abrir las puertas del coche y lanzar varios golpes al aire; arrojar un cono de plástico de señalización a la calzada; pintar la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un *spray*, ensuciar el bolso de una diputada; no poder entrar por una determinada puerta, interponerse brazos en cruz ante un diputado. Como acertadamente afirma Perfecto Andrés Ibáñez, en el voto particular emitido a la sentencia del TS 161/2015, el seguir, interpelar, corear consignas, manchar la ropa, son conductas que no integran los elementos típicos: fuerza, violencia, amenazas.

Ciertamente, podría discutirse si algunas de las conductas descritas tenían o no carácter intimidatorio. Pero, al no lograr identificar a los responsables de hechos como perseguir a un diputado, coger del brazo a una diputada, rociar con líquido, etc, no puede aplicarse el artículo 498 a aquéllos que no efectuaron tales acciones salvo que se recurra a la vetusta e inconstitucional responsabilidad objetiva, simplemente porque los procesados estaban allí.

Respecto a la cuestión de fondo, al debate entre AN/ TS y TC, sobre el ejercicio del derecho de reunión, hay que comenzar aclarando que la AN no resuelve el caso a través de la inexistencia de la antijuricidad, como erróneamente piensan el TS y TC al hacer girar el debate en torno a la ponderación entre determinados valores, sino que recurre a la atipicidad de los comportamientos.

Si esa fuera la cuestión, el conflicto entre derechos, nadie pone en duda la labor de los diputados como representantes públicos de los ciudadanos (art. 23.1 CE) y la necesidad de su protección frente a los que impidan su labor. Se olvida, sin embargo, que los ciudadanos tienen el derecho a participar directamente en los asuntos públicos, y qué mejor forma de ejercitar ese derecho que hacerlo a través del derecho de reunión, donde se manifiestan los temores frente a la desinversión pública y la privatización o se expresa el deseo de un cambio político. En ese sentido, los representantes

públicos tienen el deber de sopesar y valorar todas las peticiones que los ciudadanos les transmitan en el uso del ejercicio de sus derechos constitucionales. En el caso que se analiza, los concentrados expresaron su propósito de que no se adoptaran decisiones que significaran un recorte de los gastos sociales.

Ante estos hechos se plantean tres escenarios posibles: el primero, que la concentración esté plenamente justificada por el 20.7 CP; también puede suceder que se estime que existieron excesos graves o leves en el ejercicio del derecho de reunión. Es ahí cuando hay que proceder a la ponderación entre los derechos de reunión, libertad de expresión, derecho de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos, y, como dice el TS, el derecho de los ciudadanos a participar (indirectamente) en los asuntos públicos a través de sus representantes.

En la hipótesis de que se tratara de un exceso grave en el ejercicio del derecho, sólo podría recurrirse a la eximente incompleta si se cumplen los requisitos esenciales de la causa de justificación. Por el contrario, si el exceso fuese leve entraría en juego la tesis del efecto desaliento⁵.

Retornando a los hechos probados, la concentración pudo generar una ligera perturbación de la actividad normal de los parlamentarios afectados sin que se les llegara a impedir el ejercicio de su función como representantes de los ciudadanos. En todo caso, esta ocupación de la vía pública durante espacios cortos de tiempo no puede considerarse un ataque a la paz pública, un impedimento del ejercicio de la función parlamentaria o un peligro para personas o bienes (SSTC 225/2002, de 9 de diciembre; 42/2000, de 14/2). La alteración del orden no debe confundirse con la lesión de la paz pública. En esa dirección, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 59/29/3/1990, afirmó que la noción de orden público ha de ser interpretada de conformidad con la Constitución, «pues los conceptos de «paz pública» y de «orden público» no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho».

La cuestión a debatir es si el ejercicio del derecho de reunión por parte de los manifestantes abarca también la realización de comportamientos que pueden llegar a ser «molestos» para otros ciudadanos, en este caso para los parlamentarios. A veces, la práctica efectiva de un derecho fundamental exige el uso de métodos de presión, expresiones probablemente incorrectas y determinadas contrariedades ocasionadas a terceros. Pues bien, tales «molestias» –excesos leves– forman parte del derecho fundamental y están justificadas plenamente (efecto desaliento: STEDH de 29 de noviembre de 2007, caso *Balcik* y otros c *Turquía*, § 41; ATC 193/1993;

⁵ En ese sentido, la STC 232/2002, de 9 de diciembre.

SAP Lugo, Sección 2.^a, 114/2004, 28-10); ATSJJA (Ponente: Miguel Pasquau Liaño), 4/02/2013 (TOL3.882.442).

Lo que sorprende de las citadas sentencias del TS y TC, no es que no acepten la atipicidad de los comportamientos de los concentrados, es que ni tan siquiera resuelven los supuestos de exceso grave o leve en el ejercicio del derecho fundamental de reunión, dando por sentado que el único objetivo de la concentración fue paralizar la actividad de la Cámara para impedir el acceso de los diputados y que, de esa forma, no se aprobaran los presupuestos⁶. En conclusión, no se analiza si el ejercicio del derecho fundamental perturbó la normal tranquilidad de la persona o grupo, si se respetan o no los requisitos esenciales y accidentales de la causa de justificación, o si se produce o no un exceso en el ejercicio del derecho.

Ante esta postura judicial intransigente con el trascendental significado del derecho de reunión para un sistema democrático, es esperanzador leer los diferentes votos particulares emitidos por los miembros del Tribunal Constitucional, Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón en diferentes casos. En ellos han expuesto su seria preocupación por esta deriva de la jurisprudencia constitucional ante la represión penal de los derechos de libertad de expresión y reunión (SSTC 190/2020, de 15 de diciembre; 192/2020, de 17 de diciembre; 121/2021 y 122/2021, de 2 de junio)⁷. Estos magistrados llegan a afirmar que «tiene un devastador efecto desaliento sobre el mismo, empobrece nuestra democracia, nos alinea con sociedades disciplinadas por el abuso del sistema penal en la represión de conductas que se desenvuelven en el ámbito material de derechos fundamentales y nos alejan, en definitiva, de la necesidad de una interpretación y aplicación progresiva de aquellos derechos que posibilitan la normal participación de la ciudadanía en las democracias plenas... el cercenar de una forma tan radical el único medio de expresión colectivo que tiene la ciudadanía al margen de los cauces participativos propios de las democracias representativas, no solo puede implicar el ya mencionado efecto desaliento para los propios afectados y el resto de la ciudadanía para el ejercicio del derecho de reunión sino el más paradójico de propiciar y fomentar un indeseable desapego hacia un sistema político cuya protección se ha pretendido justificar en este caso la imposición de una sanción penal»⁸.

⁶ STC 133/2021, p. 52.

⁷ Estos magistrados llegan a hablar del «empobrecimiento de la calidad de nuestra democracia». Voto particular. STC 133, p. 2.

⁸ Voto particular. STC 133, p. 16.

III. EL CASTIGO DE LAS CONCENTRACIONES INDEPENDENTISTAS COMO «DESLEALTAD CONSTITUCIONAL»

Otra de las recientes decisiones judiciales que ha transmutado en delito la convocatoria de reuniones pacíficas y el ejercicio del derecho fundamental de reunión ha sido la STS 459/2019, de 14 de octubre (Ponente. Manuel Marchena). Como ocurría en el caso de «*Aturem el Parlament*», aunque ahora el tipo penal elegido no es el de atentado contra las instituciones del Estado sino el de sedición, se parte de una afirmación incorrecta: se asevera que en las concentraciones del 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, celebradas en Barcelona, hubo una violencia física o compulsiva generalizada. Antes al contrario, si por algo se caracterizaron esas concentraciones fue por el carácter pacífico de todas las movilizaciones y concentraciones realizadas. Que la violencia fue residual lo acredita, además, el escaso número de detenciones practicadas por los delitos que, dice el Tribunal Supremo se cometieron: atentados, resistencia, desobediencia, falta de respeto y consideración debida a la autoridad en el ejercicio de sus funciones (art. 556), y las mínimas identificaciones realizadas por infracciones administrativas (sobre todo, falta de consideración a la autoridad prevista en el art. 37.4 LOPSC).

Aún admitiendo la existencia de violencia por los concentrados, el Tribunal Supremo descartó el delito de rebelión y que tal violencia tuviera el potencial necesario para lograr que el Estado claudicase y lograr así el fin último de la independencia de Cataluña. En ese sentido, la lectura que de los hechos hizo el Tribunal se desmarcó de la tesis que defendió la Fiscalía. Ésta pretendía que se sancionaran las concentraciones ciudadanas como un delito de rebelión del art. 472 CP. Interpretaba que, desde el inicio, los procesados, con el objetivo final de lograr la independencia de Cataluña y la secesión del Estado Central, se plantearon el uso de la violencia a través de la actuación tumultuaria de miles de ciudadanos, instigados por los procesados y ejecutado por la actuación tumultuaria de miles de ciudadanos que se concentraron y reunieron en diferentes locales, ante la pasividad de los Mossos d'Esquadra.

Frente a esta tesis de la Fiscalía, la sentencia confirmó que el plan diseñado no pasaba por la secesión unilateral. Su verdadera finalidad era lograr pactar con el Gobierno español un futuro sufragio con todas las garantías⁹. Descartado el delito de rebelión, el Tribunal se centró en la existencia del

⁹ Tesis ratificada en el voto particular emitido por Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer a STC 122/2021. Apartado. 13. i), ii). Según estos magistrados, el objetivo de Jordi Cuixart «no era propiciar un levantamiento social que posibilitara la declaración de independencia de Cataluña, fuera de los cauces y procedimientos

delito de sedición. La cuestión es que el delito de sedición del artículo 544 del Código penal exige un alzamiento público y tumultuario para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales la aplicación de las Leyes o de cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos o de las resoluciones administrativas o judiciales.

La realidad es que los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, no se impidió el cumplimiento de la ley ni el ejercicio de las funciones de los funcionarios. Como reconoce la propia sentencia, ni se imposibilitó a los agentes de la Guardia civil que introdujeran a los detenidos, ni se les bloqueó el acceso a sus vehículos. De otra parte, a la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona, no se le negó la salida, se le ofrecieron diversas alternativas para que pudiera abandonar el lugar con seguridad, ofertas que declinó aceptando únicamente ser infiltrada entre los espectadores que abandonaban el teatro del inmueble colindante. En definitiva, que no se facilitara la labor policial no significa que se le impidiera cumplir la ley o el ejercicio de sus funciones: obstaculizar no significa impedir por lo que no se dan los elementos típicos del delito de sedición. El ejercicio del derecho a una concentración multitudinaria y pacífica en ningún momento paralizó el cumplimiento de la ley o impidió el ejercicio de las funciones.

En contra de la solución que propuesta en el texto, las SSTC 121/2021 y 122/2021, de 2 de junio, avalando la sentencia del Tribunal Supremo, han desestimado respectivamente los recursos de amparo interpuestos por Jordi Sánchez y Jordi Cuixart. En la STC 121/2021, se afirma que «...a través de las convocatorias enjuiciadas, se propició un levantamiento, en plena coordinación con las autoridades autonómicas, que dificultaba o hacía ineficaces resoluciones judiciales, implementaba una normativa autonómica anticonstitucional adoptada— pero ya suspendida— y lograba que el referéndum ilícito se celebrara a pesar de la prohibición judicial. Se procuraba que el mismo sirviera de sustrato previsto en la antidemocrática norma para que, con absoluta deslealtad constitucional, el *President...* declarara

constitucionales, sino presionar al Gobierno de la Nación para la negociación de una consulta popular».

la independencia de Cataluña, si bien suspendida segundos después»¹⁰. Argumento reiterado en la STC 122/2021, de 2 de junio¹¹.

Un autor franquista, Teruel Carralero, decía que la sedición no militar era un fantasma que cruzaba por el código penal común sin dejar huella¹². Esta frase dejó de ser cierta el día en que se dictó la sentencia 459/2019, 14 de octubre 2019 (refrendada por las SSTC 121, 122/2021), que manipula este delito como un delito político contra la «deslealtad constitucional».

Se desdeña en estas sentencias que, a diferencia de los Códigos penales de 1822, 1848-50, 1878, 1932 (donde Rebelión y Sedición eran delitos contra el Orden Público), 1944 (donde Rebelión y Sedición eran delitos contra la Seguridad interior del Estado), en el CP de 1995 ambos delitos se separan, la Rebelión pasa a ser un delito contra la Constitución mientras que la sedición ya no es una «rebelión en pequeño» sino un delito autónomo contra el Orden Público (aunque conserve la sanción correspondiente a un delito contra las Instituciones básicas del Estado cuando ya no ostenta ese rango).

Si la sedición ya no es una modalidad atenuada de una rebelión armada y violenta sino un delito autónomo contra el orden público, sólo debería sancionarse cuando se empleen medios violentos para impedir el ejercicio de las leyes o de las funciones públicas. Esta sería la única forma de distinguirla de la infracción administrativa prevista en el artículo 36.4 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad ciudadana, que sanciona –administrativamente con multa– la misma conducta de la sedición delictiva¹³.

De otra parte, es necesario adecuar la pena –hoy absolutamente desproporcionada– de este delito al resto de infracciones contra el Orden

¹⁰ Cfr. Apartado 12.5.1.2. STC 121/2021. En el apartado 17.5.2 confirma que «no puede quedar amparado en una causa de exclusión de la antijuricidad el ataque concertado a las bases constitucionales del sistema, valiéndose para ello de una multitud de personas convocadas para obstaculizar el ejercicio de la función jurisdiccional y que son movilizadas para hacer posible una votación declarada ilegal por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña».

¹¹ Ambas SSTC cuentan con el voto particular de Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer que denuncian la vulneración del derecho fundamental de reunión, al sancionar de manera desproporcionada la extralimitación del derecho generando un efecto desaliento; asimismo, interpretan que una sanción tan desorbitada lesiona el derecho a la legalidad sancionadora con relación a los derechos a la libertad personal, libertad ideológica y de reunión. Cfr. Apartado 1 del Voto particular a STC 121/2021.

¹² «El delito de sedición impropia». ADPCP, 1966, fascículo 1, p. 68.

¹³ «Los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos y no sean constitutivos de delito».

público¹⁴. La desproporción se comprueba cuando se comparan las sanciones entre los diversos delitos contra el Orden público. Las penas por el delito de sedición, sin violencia en personas o cosas, es superior a los delitos de atentados; resistencia; desobediencia; desórdenes públicos mediante actos violentos; tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; organizaciones y grupos criminales. Tan sólo puede equipararse, como insidiosamente propone el Informe de indulto de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo emitido en el expediente tramitado con ocasión de la ejecutoria correspondiente a la causa especial número 3/20907/2017, con los delitos de organizaciones y grupos terroristas y algunos delitos de terrorismo¹⁵.

En el fondo lo que estas decisiones reivindican es que el delito de sedición es algo más que un delito contra el orden público. Concretamente, dice la Sala penal del Tribunal Supremo que el enfoque tiene que ser radicalmente distinto cuando lo que está en juego no es la preservación del orden público sino la solidez de los pilares sobre los que se asienta la convivencia democrática¹⁶. Esta conclusión desvela que la verdadera intención del Tribunal Supremo (ratificada por el Tribunal Constitucional) ha sido sancionar lo que denominan «deslealtad constitucional». No obstante, se encuentran con un obstáculo insalvable: el principio de legalidad. Hoy por hoy no existe ningún precepto penal que sancione la ruptura del pacto constitucional o su puesta en peligro. Ante esta «laguna», que se quiere enmendar, no por la vía legislativa y sí por la judicial, se recurre indebida y analógicamente al delito de sedición, como antes se apeló a los delitos contra las instituciones del Estado, o a la rebelión, como se pretendía desde los sectores menos cualificados de la Fiscalía¹⁷. Lo que realmente convirtió a las concentraciones del 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 en un delito de sedición fue su finalidad independentista. Una deslealtad a la unidad del régimen monárquico parlamentario español que el Tribunal

¹⁴ Argumento que también repudia obsesivamente el Tribunal Supremo en el Informe de indulto de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo emitido en el expediente tramitado con ocasión de la ejecutoria correspondiente a la causa especial número 3/20907/2017. Pese a reconocer previamente que la concesión del indulto no debe centrarse en la discusión sobre la desproporcionalidad del delito de sedición, dedica varias páginas a contestar sin fundamento a los argumentos empleados en la defensa de Jordi Cuixart.

¹⁵ Cfr. Informe de Indulto, citado, p. 14.

¹⁶ Cfr. Informe de Indulto, citado, pp. 14 y 15.

¹⁷ La actuación pacífica de Jordi Sánchez y Jordi Cuixart es subrayada específicamente en sendos votos particulares a las SSTC 121/2021 y 122/2021, de 2 de junio, por Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer. Apartado 12. ii). b). STC 121/2021 y apartado 13 de STC 122/2021.

Supremo y el Tribunal Constitucional no perdonan y convierten en un inexistente delito de sedición. Con esta interpretación judicial del derecho de reunión, reitero, se corre el riesgo de que, como en el franquismo, las concentraciones y movilizaciones ciudadanas acaben, todas, convertidas en ilícitos penales y administrativos.

El anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020:¹ La inviabilidad de la acusación particular colectiva y de la acusación popular para la defensa de bienes jurídicos supraindividuales

Rafael Rebollo Vargas
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona



LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL ha incrementado en los últimos años, de forma exponencial, la incriminación de delitos donde el objeto tutelado, el interés o bien jurídico es de naturaleza supraindividual, lo cual tiene una especial incidencia en los delitos de índole socioeconómico. Sin embargo, los mecanismos procesales previstos para su tutela no disponen de las mismas prerrogativas que los articulados para la tutela de intereses individuales.

Las acciones colectivas pretenden el acceso al proceso de pretensiones que afectan a una colectividad de personas, con la particularidad de que en el caso de acudir a la acumulación subjetiva convertiría el proceso en ingobernable. Lo esencial es que lo pretendido se sostenga en hechos jurídicos de los que se deriva un interés común de todos los miembros del grupo. Esa comunidad de intereses es lo que caracteriza las acciones colectivas de sus miembros.

La pregunta, entonces, es determinar cómo se vehiculan procesalmente esas opciones:

¹ <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

La acusación particular, como es sabido, no dispone de legitimidad procesal para iniciar la acción penal por la comisión de un delito que afecte a intereses supraindividuales. Al respecto, la Doctrina y la Jurisprudencia se ha pronunciado de forma reiterada negándole esa facultad a la acusación particular al tratarse de ilícitos que no afectan a intereses personales².

Por su parte, la **legitimación para el ejercicio de la acción popular** se atribuye a quien no es ofendido o perjudicado por el delito. La acción popular está prevista para aquellos sujetos que no ostentan la condición de ofendido o perjudicado por los hechos constitutivos de delito, por lo que no sería la vía adecuada para disponer de legitimidad procesal en esta clase de ilícitos³.

Permítasenos insistir, la legitimación para el ejercicio de la acción popular se atribuye a quien no es ofendido o perjudicado por el delito. La acción popular está prevista para aquellos sujetos que no ostentan la condición de ofendido o perjudicado por los hechos, esto es, para que puedan intervenir en el proceso penal o solicitar la apertura del procedimiento, como consecuencia de la existencia de un interés general en la persecución de esos hechos.

Una vía distinta para la **defensa colectiva de intereses** es la prevista en el 7.3 LOPJ, cuyo tenor literal es el siguiente:

Art. 7.3 LOPJ: «*Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción*».

Así, en relación a las corporaciones, asociaciones o grupos, deberá existir un vínculo entre el ámbito de la organización que los asuma y el bien jurídico que se pretende lesionado, de manera que la defensa de intereses colectivos en el proceso penal ha de abordarse de una forma cualitativamente distinta a la de la acusación sostenida por un no ofendido.

² Al respecto, GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal penal*, 3.^a ed., Madrid, 2019, págs. 265-266. Igualmente, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., «Víctima, sujeto pasivo y perjudicado por el delito», en *Revista La Ley*, núm. 3274/2019, *passim*. Así mismo, DE LUIS GARCÍA, E., «Tutela de intereses colectivos y difusos en el proceso penal», en *Indret*, 4/2018, pág. 13.

³ Entre otros, vid., FERRERIRO BAHAMONDE, X., «¿Hacia dónde camina la acción popular», en *Revista Derecho y proceso penal*, núm. 28, 2012, págs. 57 y ss; GIMÉNEZ GARCÍA, J., «Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, págs. 321 QUINTERO OLIVARES, G., «La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida», en *Revista Derecho y Proceso penal*, 2015, págs. 94 y ss.

En suma, cuando nos encontramos ante un comportamiento que lesiona intereses colectivos, la acción penal ejercida por las organizaciones constituidas para su defensa debe encuadrarse en el art. 7.3 LOPJ al existir un interés de esas corporaciones, asociaciones y grupos para que se cumpla la legalidad⁴.

En esa misma línea de consideraciones, el TS en la conocida Sentencia núm. 895/1997, de 26 de septiembre (aceite de colza), donde la OCU se personó como acusación popular, el Tribunal diferencia nítidamente la acción popular (art 125 CE) del ejercicio de las acciones por parte de las asociaciones que las ejercen no sólo en defensa de los derechos de sus asociados, sino también de los que están dentro del área de su influencia estatutaria, por lo que la finalidad de ambas acciones, señala el TS, queda perfectamente delimitada: *«la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno... consideramos que no estamos en presencia de lo que ha de entenderse por acción popular, sino de una acción directa en defensa de unos intereses que, por muy difusos que sean, entran en el objeto social de la entidad recurrente, máxime cuando ese grupo de afectados, amén de tener el carácter de consumidores del aceite desnaturalizado de que se trata, quedaron incluidos en las listas o anexos que se confeccionaron con motivo del proceso... (FD 1.º, núm. XI, apartados C y D).*

Llegados a este punto cabe preguntarse cómo se vehicula esa opción en el Anteproyecto de LECrim, aprobado por el Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2020. Texto que, en este momento, se encuentra en fase de información pública para introducir mejoras. Es cierto que todavía no ha iniciado su andadura parlamentaria que, sin duda, será larga y que además presenta cambios de enjundia como, entre otros, la asignación al Ministerio Fiscal de la instrucción de los procedimientos penales; el nuevo papel atribuido al Juez de Instrucción y su mutación como Juez de garantía encargado de tutelar los derechos de los investigados o el cambio de paradigma de la Policía Judicial que, según se prevé, actuará bajo de la dirección del Ministerio Fiscal. Y, así hasta otras muchas reformas que darán un importante giro al sistema previsto en la todavía vigente LECrim.

⁴ GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., ob. cit., pág. 258, quien, en referencia a las acciones colectivas considera que esa legitimación no puede ser popular, sino que es doble: *«por una parte, originaria la defensa de los intereses de sus asociados y, por otra derivada, en la medida en que lo es en nombre propio de los asociados, pero también en interés ajeno de la clase o colectivo del que la asociación es legítimo portador del interés difuso»*. Igualmente, PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada, 1998, págs. 634.

El inicio del trámite parlamentario no garantiza que el Anteproyecto se convierta en texto definitivo y, también es verdad, que las modificaciones que tendrán lugar en sede parlamentaria no serán solo puntuales, sino que, sin duda, serán de calado con respecto al texto prelegislativo, y más si se pretende que una Ley de estas características obtenga en las Cámaras el mayor de los consensos posibles. En todo caso, con carácter previo a este último texto de 2020, también se presentaron el Anteproyecto de 2011⁵, así como el Borrador de Código procesal penal de 2013, si bien la fase de elaboración de este último no estuvo tan avanzada como la anterior. Sea como fuere, nos vamos a centrar únicamente en aquellas cuestiones que nos parecen esenciales en relación al núcleo de este trabajo.

El Preámbulo del Anteproyecto de 2020 destina el apartado XXII al «Estatuto de la víctima y régimen de la acusación popular», para más adelante dedicarle el Capítulo V al «Estatuto de la víctima en el proceso penal». Se incorpora el elenco de derechos que se habían fijado en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 que, más tarde, se transpuso en el Estatuto de la Víctima (EVD), introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril. Identificándose en el Anteproyecto a la víctima con la persona ofendida o directamente perjudicada por la infracción (art. 99.1), con la particularidad, de que se excluye expresamente a las víctimas indirectas (art. 99.2)⁶ que, como es sabido, sí se contempla en el art. 2.b) del EVD. La justificación de esa decisión, se dice en el Preámbulo, es la proliferación de acusaciones particulares fundadas en perjuicios indirectos, como pueden ser las compañías aseguradoras o los que afrontan los entes gestores de algunos servicios públicos, a lo que se añade que los intereses económicos indirectamente en juego no deben conducir a complicación y a la dilación del proceso en el que se ventilan derechos fundamentales de los acusados y de las verdaderas víctimas de la infracción.

Sin embargo, además de lo anterior, llama particularmente la atención lo previsto en el art. 100, donde bajo la rúbrica «Delitos contra los

⁵ MARTÍNEZ RUÍZ, J., *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal*, Madrid, 2017, págs. 69 y ss. Igualmente, vid., HINOJOSA SEGOVIA, R., «El régimen jurídico de la víctima en el proceso penal español», en *Revista Foro*, vol. 21, núm. 1, 2018, págs. 298 y ss.

⁶ Art. 99.2: «Las personas físicas o jurídicas que hubieran sufrido perjuicios indirectos derivados del delito no tendrán, a los efectos de esta ley, la condición de víctimas. A estos efectos, se entenderá por perjuicio indirecto todo aquel que resulte de la obligación de asumir el coste del daño causado por el delito en virtud de una obligación legal o contractual.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho de repetición que pueda existir contra la persona que sea considerada responsable».

intereses jurídicos públicos o colectivos», se estipula que cuando la infracción atente contra esos intereses, no se reconocerá la condición de víctima a ninguna persona o ente, público o privado⁷, a pesar de que mantiene para las Administraciones públicas, cuando hubieren sufrido un perjuicio patrimonial la opción de ejercer la acción civil y penal. En virtud de lo anterior, el Legislador, al excluir a los entes y a las personas jurídicas públicas o privadas de la condición de víctima, adopta una polémica decisión político criminal ya que les cierra la posibilidad de su postulación procesal. La pregunta evidente que se desprende de lo anterior es, si esas víctimas no ostentan tal condición procesal, ¿cómo pueden articular sus pretensiones en el procedimiento penal?

Pareciera, entonces, que la vía idónea para ejercer la acción penal por la comisión de tales delitos, esto es, los que afecten a intereses públicos o colectivos sería la acción popular; no obstante, veremos que no es así ya que, al perfilar el ámbito objetivo de la acción popular, es decir, qué clases de ilícitos son los que admitirían esa postulación, el elenco de éstos prácticamente excluye en su totalidad a los delitos socioeconómicos (art. 122 Anteproyecto LECrim. 2020). Ahora bien, se recoge una excepción para las asociaciones de víctimas y personas jurídicas a quienes se les reconoce legitimación que, a pesar de que no se diga expresamente, está prevista para las asociaciones de víctimas del terrorismo, a las que se faculta para que actúen como acusación particular⁸, siempre que sean autorizadas por la víctima del delito, quienes, por otro lado, tienen derecho a obtener una reparación civil en el proceso penal (art. 114 Anteproyecto LECrim).

A ese respecto, es cierto que el Anteproyecto de 2011 contemplaba una previsión similar en su art. 66⁹, pero también lo es que reenviaba esos con-

⁷ «Artículo 100. Delitos contra intereses jurídicos públicos o colectivos (Anteproyecto Ley Enjuiciamiento Criminal 2020).

Cuando la infracción atente exclusivamente contra intereses públicos o colectivos, no se reconocerá la condición de víctima, a los efectos de esta ley, a ninguna persona o ente, público o privado.

No obstante, las Administraciones públicas, cuando hayan sufrido un perjuicio patrimonial directo, podrán ejercer la acción penal y civil conforme a lo previsto en esta ley».

⁸ «Art. 113. 3. La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de estas, siempre que ello sea expresamente autorizado por la víctima del delito». (Anteproyecto Ley Enjuiciamiento Criminal 2020).

⁹ «Artículo 66. Delitos contra bienes públicos o colectivos (Anteproyecto Ley Enjuiciamiento Criminal 2011)

1. Cuando la infracción penal atente exclusivamente contra intereses públicos o colectivos, no se reconocerá la condición de víctima, a los efectos de esta ley, a ninguna persona o ente, público o privado.

No obstante, las administraciones públicas que hayan sufrido un perjuicio

flictos hacía la acción popular, mientras que el texto actual no lo prevé, como tampoco lo recogía el art. 70 del Anteproyecto de 2013, quien negaba la posibilidad de ejercer la acción popular a partidos políticos, sindicatos, además de a «*cualquier otra persona jurídica pública o privada*»¹⁰, exceptuando a las asociaciones de víctimas del terrorismo por esa clase de delitos¹¹.

El Preámbulo de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2020, destina el apartado XXIII al fundamento constitucional de la acción popular y el XXIV a las condiciones de su ejercicio. En el primero de ellos se anticipa que el Anteproyecto pone a disposición de los ciudadanos un mecanismo de participación en la justicia penal que les permitiera instar «*la persecución de las conductas que pudieran resultar más reprochables socialmente*». Quisiéramos destacar el adverbio comparativo utilizado: «más»; luego, si se trata de la persecución de las conductas «más» reprochables mediante la acción popular, ya no se trata de todas, sino de aquéllas que el Legislador considere más censurables.

Seguidamente veremos como, en efecto, se introduce un ámbito objetivo de delitos que serán en los que cabe la acción popular. Además de lo anterior, de anticipar esa limitación procesal para el ejercicio de la acción popular, el Legislador reitera que se trata de una forma de participación en la administración de justicia, y que como tal «*puede constituir un elemento corrector último frente a posibles desviaciones o errores en el ejercicio de la acción pública*

patrimonial directo podrán ejercer la acción penal y civil en los delitos contra la Hacienda Pública y de malversación.

2. *En todo caso, las entidades y organizaciones privadas que tengan por objeto la protección o defensa de intereses difusos o generales relacionados con el bien jurídico tutelado en la norma penal podrán ejercer la acción popular en los términos previstos en la presente ley*. (subrayado añadido)

¹⁰ «Artículo 70.2.– No pueden ejercer la acción popular (Anteproyecto de Código procesal penal 2013)

- a) *las condenadas por cualquier delito contra la Administración de Justicia;*
- b) *los Fiscales, los Jueces y los Magistrados de cualquier Jurisdicción o Tribunal con potestad jurisdiccional;*
- c) *las personas que no están obligadas a declarar como testigos contra el encausado por vínculo familiar o análogo;*
- d) *los partidos políticos, los sindicatos, ni cualquiera otra persona jurídica pública o privada.*

Se exceptúan de la prohibición prevista en este apartado las personas jurídicas formalmente constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delito de terrorismo».

¹¹ Al respecto, vid., el interesante trabajo dirigido por VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F-GUINARTE CABADA, G., *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Valencia, 2013, *passim*.

por parte del Ministerio Fiscal», sin perjuicio de que, en ocasiones, añada, se haya instrumentalizado para servir intereses ajenos al bien común.

En el apartado XXIV, como anticipábamos, se determinan las condiciones para el ejercicio de la acción popular que, en síntesis, son las siguientes:

1. Límites subjetivos, en relación con las personas que pueden ejercer la acción popular. Entre ellas se excluyen a las personas jurídicas públicas, los partidos políticos y los sindicatos ya que, se dice, el deber de una autoridad pública es, cuando tiene conocimiento de un delito, ponerlos en conocimiento del Ministerio Fiscal. Por otro lado, los partidos políticos y los sindicatos, dado su riesgo de instrumentalización por su participación en el debate político, deben quedar excluidos.
2. Límites objetivos. Se establece un elenco de delitos que, por sus particularidades, se afirma, son idóneos para que los ciudadanos puedan defender una visión de la legalidad alternativa a la del Ministerio Fiscal, como pueden ser «*las infracciones que protegen intereses difusos o los delitos de corrupción política*».
3. Control judicial. El ejercicio de la acción penal es autorizado por el Juez, ya que a él corresponde determinar si es legítimo el vínculo del postulante con el interés público que pretende defender en el proceso, requiriéndose, además, la interposición de la correspondiente querrela.

A pesar de esa declaración de intenciones con referencia a la potencialidad de la acción popular como mecanismo para la tutela de intereses difusos, veremos cómo los límites objetivos que se prevén en el art.122, es decir, en cuanto a qué delitos pueden ser objeto de la misma, cercenan este mecanismo como vía para la protección de la mayoría de intereses difusos de naturaleza socioeconómica.

El Anteproyecto de 2020 destina la Sección 2.^a, Capítulo VI, Título II, a la acusación popular, arts. 120 y ss. En ese primer precepto se otorga legitimación activa a los ciudadanos españoles «*que no sean ofendidos o perjudicados por el delito*», que, también, se hace extensiva a los ciudadanos de cualquier Estado de la Unión Europea con residencia en nuestro país, siempre que, en ambos casos, la ejerzan a través de querrela. En los dos artículos siguientes, se establecen los límites subjetivos y objetivos de la acción popular, donde se introducen las modificaciones más significativas (y controvertidas) con respecto a la regulación vigente.

Como ya hemos dicho, al establecerse los límites subjetivos se describe un elenco de sujetos e instituciones a quienes se impide el acceso a la

acusación popular. Algunos con una cierta lógica, como es el caso de órganos legislativos (Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas, el Congreso de los Diputados y el Senado), al Poder Judicial (miembros de la carrera judicial y fiscal, al Consejo General y los demás órganos de Gobierno, etc.), a, en fin, los organismos y entidades que, conforme a la Ley del Sector Público, integren el sector público institucional. Sin embargo, permítasenos enfatizar, la exclusión que más llama la atención es la de los partidos políticos y sindicatos. A ello se refiere la Exposición de Motivos del Anteproyecto, y, sin duda, es una cuestión que ha generado un extenso e intenso debate sobre la instrumentalización de la que ha sido objeto la acusación popular pero, también es verdad, que, su aportación ha sido clave en algunos momentos de la vida pública de este país para dinamizar procedimientos penales que, como dice la Exposición de Motivos, permiten «una visión de la legalidad penal que sea alternativa a la que tiene el poder público», sin que ello suponga, necesariamente, una desconfianza en el funcionamiento del Ministerio Fiscal¹².

Sin embargo, la previsión que nos causa una mayor decepción, digámoslo así, es lo dispuesto en el art. 122 del Anteproyecto LECrim 2020,

¹² «Artículo 121. Límites subjetivos.

1. No podrán ejercitar la acción popular:

- a) El que no goce de la plenitud de derechos civiles.
- b) El que haya sido condenado en sentencia firme por delito, salvo que se trate de delito leve. A estos efectos, no se tendrán en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.
- c) Los miembros de las carreras judicial o fiscal.
- d) Los partidos políticos y sindicatos.

2. Tampoco podrán ejercer dicha acción las personas jurídicas públicas y, en particular:

- a) el Gobierno y la Administración General del Estado;
- b) los gobiernos de las comunidades autónomas y los de las entidades locales y sus respectivas Administraciones;
- c) el Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas;
- d) el Tribunal Constitucional, Consejo General y los demás órganos de gobierno del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo;
- e) los organismos y entidades que, conforme a la Ley del Sector Público, integran el sector público institucional.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del deber de toda autoridad o funcionario público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de infracción penal de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, remitiéndole los antecedentes de que disponga al efecto.

3. Los tribunales rechazarán las pretensiones tendentes a la personación en fraude de ley de quienes tengan prohibido el ejercicio de la acción popular conforme a lo dispuesto en este artículo». (Anteproyecto Ley Enjuiciamiento Criminal 2020).

donde se delimita el ámbito objetivo de la acción popular, El precepto establece un elenco de delitos entre los que se excluye prácticamente en su totalidad a los delitos socioeconómicos. Así, básicamente, se circunscribe a algunos delitos contra el mercado y los consumidores, además de hacerse extensiva a determinadas infracciones contra la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. El resto son ilícitos, en esencia, relativos a la corrupción de funcionarios públicos, financiación ilegal de partidos políticos, contra el orden constitucional, algunos delitos de odio y discriminación, además del enaltecimiento y justificación del terrorismo. Por otro lado, llama la atención que en el texto sometido a consulta pública ahora se incorporan los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, supuestos que no se recogían en las versiones anteriores del Anteproyecto.

Es cierto que se trata de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos y difusos, pero no se recoge el núcleo de las infracciones penales de índole socioeconómico, lo cual significa que la defensa de los intereses de los perjudicados a través de acciones colectivas por esos ilícitos no tiene encaje en el Anteproyecto, como sí se preveía –tal y como hemos visto– en el Anteproyecto de 2011 (art. 66.2). La conclusión de lo anterior, además de la clásica observación de porqué esa clase de delitos y no otros, no puede ser menos que desalentadora ya que el cauce procesal se limitaría a la acusación particular a título individual, con todos los problemas que se derivarían de la concurrencia de múltiples perjudicados en ese tipo de procedimientos¹³.

¹³ «Artículo 122. *Ámbito objetivo.*

1. *La acción popular podrá ejercitarse en relación con los siguientes delitos:*

- a) *Delitos contra el mercado y los consumidores de los artículos 281 a 285 ter del Código Penal siempre que, de acuerdo con el artículo 287.2 del mismo texto legal, afecten a los intereses generales.*
- b) *Delitos de financiación ilegal de partidos políticos del Título XIII bis del Código Penal.*
- c) *Delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente de los artículos 319 a 323, 325 a 330 y 332 del Código Penal.*
- d) *Delitos de cohecho de los artículos 419 a 427 bis del Código Penal.*
- e) *Delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 a 430 del Código Penal.*
- f) *Delitos de malversación de caudales públicos de los artículos 432 a 435 del Código Penal.*
- g) *Delitos de prevaricación judicial del artículo 446 del Código Penal.*
- h) *Delitos de rebelión de los artículos 472 a 484 del Código Penal.*
- i) *Delitos de odio y discriminación de los artículos 510 a 512 del Código Penal.*
- j) *Delitos de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578 del*

A pesar de no tener una relación directa con el objeto principal de este trabajo, la posibilidad del ejercicio de acciones colectivas para la defensa de los intereses colectivos o difusos en el Anteproyecto de la LECrim. 2020, resulta imprescindible hacer una referencia mínima a la previsión del Capítulo III, Título IV, Libro I, arts. 181 y ss. destinado a la Justicia Restaurativa (JR), la cual hay que vincular estrechamente con el Capítulo II, donde se regula la finalización del procedimiento penal por razones de oportunidad¹⁴, arts. 174 y ss.

En primer lugar, en el apartado XXVI de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, destinado al principio de oportunidad y a la conformidad¹⁵, el prelegislador considera que hay ciertos supuestos en los que no existe una concreta necesidad de pena, por lo que se faculta al Ministerio Fiscal a optar por una solución consensuada en los casos de penas privativas de libertad superiores a los cinco años¹⁶. En todo caso, interesa destacar que esa denominada «solución consensuada» es negociada por el Fiscal y las defensas, que después será ratificada por el investigado o acusado ante un Juez que no sería el que debería enjuiciar el asunto. Como decíamos, los arts. 174 y ss del Anteproyecto regulan la terminación del procedimiento penal por razones de oportunidad¹⁷, estableciéndose tres niveles distintos:

1. Archivo total o parcial por razones de oportunidad, en los casos de delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión o con privación de derechos que no exceda de diez años (art. 175).
2. Suspensión del procedimiento por razones de oportunidad en los delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con otras penas cualquiera que sea su naturaleza. En este caso, la

Código Penal.

- k) *Delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado de los artículos 607 a 614 bis*. (Anteproyecto Ley Enjuiciamiento Criminal 2020)

¹⁴ Vid., GARCÍA ARÁN, M., «Instrumentos para la justicia restaurativa y su aplicación para la delincuencia económica», en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (GARCÍA-ARÁN, M, Directora), Valencia, 2021, págs. 163 y ss.

¹⁵ MARTÍNEZ RUÍZ, J., *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal*, ob. cit., pág. 77.

¹⁶ GARCÍA ARÁN, M., «Instrumentos para la justicia restaurativa y su aplicación para la delincuencia económica», en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (GARCÍA-ARÁN, M, Directora), ob. cit., págs. 165-166.

¹⁷ VECINA CIFUENTES, J-VICENTE BALLESTERO, T., «Las manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal español», en *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 50, 2018, págs. 314 y ss.

suspensión estará condicionada al cumplimiento de una o varias obligaciones o reglas de conducta (¿), art. 176¹⁸. Sin embargo, quisiéramos llamar la atención sobre las medidas impuestas, ya que algunas de ellas se corresponden con las penas menos graves previstas en el art. 33, con la particularidad de que ahora las determinará el Ministerio Fiscal y no un Juez, que es quien las impone como consecuencia de la celebración de un juicio oral.

3. Archivo por colaboración activa contra una organización criminal por delitos castigados con hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, cualquiera que sea su extensión (art. 179).

Finalmente, el epígrafe XXVII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto se destina al «Principio de oportunidad y justicia restaurativa»¹⁹, donde, en la línea de lo dicho con anterioridad con respecto al principio de oportunidad, se afirma que la justicia restaurativa es un instrumento al servicio de la decisión del Estado de renunciar a la imposición de pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención del delito

¹⁸ «Artículo. 176. Suspensión del procedimiento por razones de oportunidad

1. En los supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que concurran los requisitos fijados en el artículo anterior, el fiscal podrá acordar la suspensión del procedimiento de investigación, condicionándola al cumplimiento por la persona encausada de una o varias de las siguientes obligaciones o reglas de conducta:

- a) Indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada.
- b) Dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente.
- c) Entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias.
- d) No acudir a determinados lugares.
- e) No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o no comunicarse con ellos.
- f) No ausentarse del lugar donde resida.
- g) Comparecer personalmente en la fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas.
- h) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.
- i) Someterse a tratamiento de deshabituación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización.
- j) Cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona».

¹⁹ Vid. SANZ HERMIDA, A.M. *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, ob. cit., págs. 139 y ss.

y cuando, además, los intereses particulares de la víctima pueden resultar satisfechos. Vuelve a atribuírsele al Ministerio Fiscal la posibilidad de acudir al archivo por criterios de oportunidad o, incluso, a la posibilidad de que imponer como «reglas de conducta» (§) los acuerdos alcanzados por las partes, pudiendo oscilar las medidas de JR desde la falta de composición o continuación del procedimiento, a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada.

Como decíamos el Anteproyecto destina el Capítulo III, Título IV, Libro I, a la JR, arts. 181 y ss. En el citado precepto se establecen sus principios (voluntariedad, gratuidad, oficialidad y conformidad), mientras que en el art. 182 se dispone el procedimiento a seguir. Es el Ministerio Fiscal quien, de oficio o a instancia de parte, podrá remitir a las partes a un procedimiento restaurativo. Opción que también se atribuye al Juez, quien previa audiencia del Ministerio Fiscal podrá acordar que las partes acudan a un procedimiento restaurativo, pero en ese caso será durante la ejecución de la pena.

En el art. 183 se regulan las consecuencias del procedimiento, previéndose que los servicios de justicia restaurativa elaborarán el acta de reparación con los acuerdos a los que lleguen las partes para, una vez valorado el acuerdo, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, el Fiscal podrá decretar el archivo por oportunidad, a tenor de lo dispuesto en los arts. 175 y 176, o, bien, proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad.

Por último, hemos de insistir en que el actual Anteproyecto de la LE-crim 2020 es, simplemente, un texto prelegislativo pero, que, marca una tendencia del Legislador en orden a la inviabilidad de la acusación popular colectiva y de la acusación popular para la defensa de los bienes jurídicos supraindividuales²⁰, si bien introduce unas denominadas formas especiales para la terminación del procedimiento, ya sea atendiendo al principio de oportunidad o, en su caso, acudiendo a la justicia restaurativa, aunque el elenco de delitos que permiten esa opción se limita a una horquilla punitiva que llega hasta los cinco años de prisión o, en su caso, hasta los seis años cuando se lleve a cabo una colaboración activa contra una organización criminal.

²⁰ SERRANO MASIP, M., «Los derechos de participación en el proceso penal», en *El estatuto de las víctimas de los delitos. Comentarios a la Ley 4/2015* (TAMARIT SUMALLA, J.M., Coord.), Valencia, 2015, págs. 120 y ss.

La invisibilidad de la macro-victimización derivada de la delincuencia de cuello blanco

Alicia Rodríguez Sánchez

Personal investigador en formación (USAL-BS)

Universidad de Salamanca



I. INTRODUCCIÓN

SIEMPRE, desde que hay en el mundo ricos y pobres, la delincuencia también se ha debido diferenciar obligando, al menos, a pensar que el elemento económico es esencial para la comprensión delictiva en toda su extensión. Tendría que ser irrelevante quien cometa el delito, pero el tratamiento, su persecución y castigo, así como el reconocimiento de la víctima, debe ser acorde a la gravedad, la trascendencia y las particularidades que presente; si estas nacen del autor, deben tenerse en cuenta. Empero, el eje no se tiene que sostener en el sujeto activo, pues provoca que la delincuencia de cuello blanco se quede en un nivel demasiado superficial sin facilitar que verdaderamente se comprenda la intrínseca que ello acarrea.

El concepto delincuente de cuello blanco se presenta demasiado escueto en el momento social, político, incluso penal actual. El desarrollo económico, las técnicas y las tácticas, nada tienen que ver con las existentes al formular la definición de delincuencia de cuello blanco por Sutherland, de manera que las grandes multinacionales, los paraísos fiscales, y la criminalidad organizada no eran, ni de lejos, similar a las actuales, nace la trascendencia de las investigaciones, de ahondar en la definición, del perfil y los elementos circundantes, así como la vinculación con diferentes criminalidades para dotar a dicha modalidad delictiva de la gravedad que presenta. Siguiendo a Berdugo Gómez de la Torre, cuando se profundiza en los temas penales y más en los actuales, nos encontramos con una

política criminal y una técnica legislativa desacertada que invita al debate, a la reflexión y a hacer propuestas¹.

En el mismo orden, se expone una reflexión sobre la víctima y su esencial papel para la persecución y mejor comprensión de la delincuencia de cuello blanco. El mayor de los problemas que despliega es la falta de conciencia de víctima, que provoca un aumento de impunidad, dificultades en la persecución y en el esclarecimiento delictivo, lo cual no es cosa menor. Hay que reivindicar el papel de la víctima, caída en el olvido por el sistema y por ella misma, al no reconocerse así a pesar de que esta delincuencia genera una gran macro-victimización. La cuantificación de víctimas es altamente superior a la de los delitos convencionales, sin embargo, no podemos caer, ni social ni doctrinalmente, en un concepto únicamente de víctima indefensa, sino en un concepto más amplio y ambicioso de víctima no reconocida.

II. DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO Y TRATAMIENTO DEL DELITO

Desde hace años el planteamiento teórico sobre la delincuencia de cuello blanco es más o menos uniforme, aunque sin un consenso absoluto. Con el paso del tiempo, la realidad criminal ha desterrado el ideal teórico.

Cuando Edwin Sutherland en 1939, se refiere al término *delincuencia de cuello blanco* por primera vez, desarrolla un concepto pionero, acogido de la misma forma. Este se define como un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación². Hay que remarcar que se produce una doble distinción, por un lado, deja fuera aquellos delitos comunes cometidos por personas de una clase social alta (por ejemplo, un hurto o una agresión sexual) y, por otro lado, aquellas estafas o defraudaciones que son cometidas por personas de bajo o alto estatus que no tienen relación con la ocupación laboral. Lo significativo, como ya he adelantado, es que la delincuencia de cuello blanco no está asociada a la pobreza, ni a patologías sociales o personales que la acompañan³, sino a la ocupación profesional, de la que nace la facilidad para cometerlo y lo recarga de un mayor desvalor⁴. Esto acontece debido a la facilidad de ocul-

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca*. «*Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*», Universidad de Salamanca, 2018, pp. 13-14.

² SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, Memoria criminológica, Editorial B de f, Buenos Aires, 2009, p. 9-10. Traducida del inglés por BELLOQUI, L.

³ *Ibidem*, p. 12.

⁴ MARTÍN LÓPEZ, M.T., *Introducción al estudio de la criminalidad de cuello blanco* (Tesis Doctoral), Universidad de Salamanca, Biblioteca Francisco de Vitoria, 1989.

tación desde la profesión, generando un verdadero problema que produce grandes dosis de impunidad e invisibilidad del delito. La actividad delictual desarrollada desde este prisma laboral es posible, como señala Zúñiga Rodríguez, debido a la creación de contextos normalizados y opacos generando la apariencia de la inexistencia de una ilicitud en las conductas y esto no se produce en otros contextos externos a la delincuencia de cuello blanco⁵.

Muchas han sido las discrepancias y las definiciones posteriores del concepto que han hecho autores como Edelhertz, Tappan o Scheider⁶, pero todos cometen el mismo error, centrar por completo el estudio en el delincuente, y al igual que la Criminología lo comparan con el delito convencional, intentando cuadrarlo en los presupuestos teóricos de prevención y castigo sin comprender la relevancia de la víctima, del bien jurídico, del daño y de las diferencias que exigían un nuevo modelo teórico⁷.

Las conductas dentro de la criminalidad de cuello blanco son múltiples, bien en el campo de las finanzas, la empresa o la Administración Pública; tales como que para evadir las obligaciones impositivas de las personas, crean empresas *offshore* a través de bufetes de abogados, ayudando y favoreciendo el reciclaje del dinero ilícitamente obtenido por una organización criminal, tras escándalos financieros, de corrupción pública o privada⁸, para los que la trascendencia mundial que ello supone, está muy lejos de la percepción que la sociedad alberga.

Los costes para la economía mundial de estos fenómenos criminales están siendo verdaderamente cuantiosos⁹, por no hablar de los costes sociales directos e indirectos que causan a las sociedades en los que se desarrollan; y sirva a modo de ejemplo, la inseguridad ciudadana, violencia,

⁵ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., «Corrupción y la categoría de delito de cuello blanco: cuando los delitos se comenten en contextos normalizados», *Revista IUS VERITAS*, n° 57, diciembre 2018. Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20745/20515>

⁶ De la misma manera que discuten en cuanto al término delincuencia de cuello blanco, se formularon conceptos como delincuencia de los caballeros o delincuencia de cuello azul.

⁷ AGUILAR LOPEZ, M.A., «Análisis Político Criminológico de una variante moderna de la delincuencia de cuello blanco» en *Delitos de Cuello Blanco* [ROQUE DÍAZ, J.R., (Dir.)], Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tlalpan, 2011, p. 141.

⁸ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., «Corrupción y la categoría de delito de cuello blanco ... op, cit. p. 163.

⁹ Mientras que no hay datos oficiales a nivel mundial, se estima que en EE. UU el coste es de entre 20000 y 800000 millones de dólares al año según las investigaciones de JENNIFER TAUB en su libro *El dinero sucio* publicado o CASOS AISLADOS.COM estima en España un coste proveniente de casos de corrupción de 124.123.965.826 euros en nuestro país a octubre de 2021.

mayores índices de corrupción, economía informal, etcétera¹⁰. Aún están sin cuantificar, los costes generados por la corrupción pública y privada, pues resulta muy difícil determinar las pérdidas para la sociedad del dinero coludido entre políticos y empresarios para beneficios mutuos. Conjuntamente, la transnacionalidad de la red, le otorga la dificultad en su persecución, pues mientras el dinero transite por más países, más problemático resulta la recuperación de las ganancias ilícitas¹¹. La red permite la conexión y la desconexión en función de los intereses concretos y la falta de armonización legislativa es la combinación perfecta para su impunidad.

La elevada cifra negra¹², el desconocimiento de casos, la falta de datos oficiales y las diferencias sustanciales con otros tipos de criminalidad favorecen la impunidad, adicionalmente a la labor de los medios de comunicación, la falta de conciencia social y a la víctima, lo cual se desarrolla a continuación.

III. MACRO-VICTIMIZACIÓN E INVISIBILIDAD, UN BINOMIO SEPARABLE

No se trata de buscar paliar en estas páginas la problemática de forma directa, pero si se pretende poner en renombre el rol de la víctima, colaborar en su visibilización e identificación, lo que desencadenará automáticamente una mayor exposición de los casos y una mayor facilidad de persecución y esclarecimiento.

En ocasiones, cuando se lee sobre delitos de cuello blanco, parece que estamos ante una serie de delitos sin víctima, pero la realidad es incomparable, coexistiendo multitud de ellas como en los delitos económicos¹³ o en la corrupción pública o privada, con características diversas y completamente útiles en el procedimiento penal. La contrariedad se engendra en el momento que no se reconocen como víctimas, causando una invisibilidad sin solución por el sistema para revertirlo. El sujeto pasivo en la perpetración de un delito sufre directamente la acción, es sobre quien

¹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Derecho Penal de la seguridad: delincuencia grave y visibilidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 2021, pp. 161-164.

¹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial» en BALLESTEROS, J. (Coord.), *Criminalidad organizada trasnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 203.

¹² CAMARA ARROYO, S., «Estudios criminológicos contemporáneos (VIII): El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología»; *Derecho y Cambio social* n° 59, 2020, pp. 446-500

¹³ RAMOS CACERES, C., «Delitos financieros y económicos», *Revista de Derecho*, Vol. 33, n° 1, 202, pp. 21-22.

recaen todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, es el titular del derecho dañado o puesto en peligro y esto en la mayoría de los tipos delictivos es explícito. Sin embargo, para los casos en los que se centran estas páginas, no se incide en una persona concreta o en un colectivo diferenciado, sino que el autor se vale de la volatilidad de la víctima y de su incredulidad o ignorancia para que se lleve a cabo el delito concreto¹⁴, sin la preocupación de que las víctimas inicien el mecanismo penal. No existe un enfrentamiento entre el sujeto activo, la norma y el sujeto pasivo y tampoco se encuentra inmediatez entre ellos, de ese distanciamiento es del que surge inminentemente la dificultad de que las víctimas se reconozcan, generando su invisibilidad. Siempre teniendo presente que existen un porcentaje de víctimas que se benefician del delito¹⁵ o adquieren un bien prohibido como en el tráfico de drogas, que no van a colaborar con la justicia¹⁶.

De aquí nace también la complejidad para que sean perseguidos los actos criminales. En la misma línea, la víctima no se siente perjudicada y no inicia un proceso judicial (tema de vital importancia en la delincuencia de cuello blanco), lo que se acompaña del no reconocimiento al autor por no haber tenido nunca una relación con él. Se diferencia por un lado, las víctimas que sufren el delito en alguno de sus extremos pero que nunca tuvieron relación con él y por otro, aquellas que sufriendolo, tienen noción del mismo pero no se comportan como tal. La criminología se ha dedicado, aunque en menor medida que para otros aspectos, al estudio de la víctima, de manera que la falta de una fuerte base investigadora se convierte en un conflicto añadido para los procesos de identificación.

Adicionalmente, la reacción social es inversamente proporcional al grado de abstracción de los intereses afectados¹⁷. El ciudadano más celoso de una pequeña cuota de su propiedad¹⁸ es insensible a las lesiones más

¹⁴ CORIGLIANO, M., *Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el derecho penal*, Universidad de Valencia. Recuperado en: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/.../187Delitos%20de%20Peligro.%20Trabajo..pdf

¹⁵ El decomiso garantiza que no exista enriquecimiento por el delito; QUINTERO OLIVARES, G., «Blanqueo, comiso y tributación del dinero sucio», pp. 646-647 en DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., *Crisis financiera y derecho penal económico.*, BdF, Buenos Aires, 2014.

¹⁶ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., «Corrupción y la categoría de delito de cuello blanco...op, cit. p. 174.

¹⁷ BURGOS, A., «Cuello Blanco y delito», *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 138 (57-88) Setiembre-diciembre 2015, p. 78.

¹⁸ En este sentido, los delitos aunque patrimoniales que afectan a nuestra esfera más privada generan una mayor alarma social, incendiada por los medios, exigiendo

graves del patrimonio público y colectivo. Este patrimonio no lo contempla como propio y se desentiende insolidariamente de lo que es común¹⁹. En consecuencia, se genera una falta de carga emocional, que es otro factor para estimar en el estudio de la víctima. De nuevo provoca la invisibilidad de la macro-victimización, mientras que de manera individual si se reconocen, de manera que los delitos que podemos encuadrar como delincuencia de cuello blanco, en su mayoría, la víctima es la colectividad que no se ciñe a barreras fronterizas.

Mucho tiene que ver también la percepción social de la gravedad del delito y esto tiene relación con los diferentes grupos sociales, la tolerancia a las conductas desviadas más o menos violentas, la visibilidad de los actos criminales y en particular al grado de dañosidad del delito²⁰, lo que tiene relación con la información que se recibe, la resonancia mediática de los casos y las valoraciones sociales²¹. Es así como la gravedad del delito y la respuesta hacia él dependen tajantemente de la información que recoge la comunidad, la cuál está influida por la propia cultura de la sociedad. La invisibilidad de la víctima o del delito no se condice con la verdadera gravedad, con el daño que produce, sino con la percepción social que se deriva y que está conectada con la información que los medios de comunicación aportan²². De la visibilidad del delito depende la percepción de la gravedad y de la situación de la víctima, de manera que un delito no es más o menos dañino por si solo (aunque teóricamente si debiese y solo depender del daño causado en abstracto), sino que se relaciona con la visibilidad

una responsabilidad que no es equiparable a la de las lesiones a los patrimonios públicos y colectivos, en este sentido, siguiendo la doctrina de Silva Sánchez, MARTINEZ BUJÁN PÉREZ, C., «El bien jurídico y el derecho penal económico», pp. 308-309 en DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., *Crisis financiera y derecho penal económico*, BdF, Buenos Aires, 2014.

¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de «cuello blanco»*, en «El Derecho Penal de hoy», Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1995, p. 553.

²⁰ VASILANTONOPOULOU, V., «Revisitando la criminalidad de cuello blanco desde una perspectiva del Daño Social», *Critica Penal y Poder*, N° 7, 2014. Recuperado de: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/10454>

²¹ HORTAL IBARRA, J.C., «Crisis Financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal, una aproximación criminológica y político-criminal» en *Actas del congreso hispano-italiano de derecho penal económico de la Universidad de La Coruña*, 2015. Recuperado de: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/23650/Hortal_Ibarra_%20Juan%20Carlos_2015_Crisis%20financiera%2C%20delincuencia%20de%20cuello%20blanco%20y%20respuesta%20penal.pdf?sequence=2&isAllowed=y

²² OJEDA SEGOVIA, L., «Tratamiento mediático de los delitos de cuello blanco o del poder», *Chasqui, Tema central*, n° 122 junio 2013.

que presenta. Esto mantiene la creencia errónea y aumenta el foco hacia la gravedad de la delincuencia de clases bajas en ocasiones más violenta pero menos dañina que los delitos socioeconómicos²³, debido al menor número de forma generalizada de perjudicados que causa.

La invisibilización, no solo se produce por no reconocerse ella misma como víctima, o las causas ya señalas, sino que existen otros factores que acrecientan esta situación como las dificultades de iniciar un procedimiento o la ausencia de reconocimiento y el tratamiento que los medios de comunicación otorgan a la delincuencia de cuello blanco. La lacra social de dicha delincuencia es común a todos los países y ninguno es ajeno, así, los medios de comunicación, con el paso de los años, presentan una labor esencial para la publicidad de los casos, dando una visibilidad de la que carecían, colaborando en la identificación de los ofendidos y poniendo en auge un problema mundial que ha sido escondido hasta hace un escaso tiempo. Son estos mismos medios de comunicación que ocultaban o restaban importancia a los casos²⁴, los que van evolucionado con la sociedad, y poco a poco van mostrando el lado más deplorable de la criminalidad, los daños económicos que se generan, así como las consecuencias directas e indirecta que nacen de su continua comisión. No obstante, esto no ha sido siempre así y no se puede argumentar que la imagen del delincuente de cuello blanco se logre, ni siquiera, asemejar aún a la del delincuente convencional, pero tampoco negar la mayor implicación de «denuncia» de estas prácticas, lo que aboga por una respuesta social más contundente y un creciente conocimiento de los hechos, dando visibilidad a todos los colectivos implicados. Aún esta falta de igualdad en cobertura genera una invisibilidad del delito que de nuevo desencadena en la invisibilidad de las víctimas²⁵, estimulando percepciones sociales selectivas y desiguales sobre la criminalidad, aportando una desfigurada visión del crimen.

IV. RECONOCIMIENTO SOCIAL E INSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL COMPRENDIDO COMO UN DÉFICIT

Todo el desarrollo ha mostrado que, aunque se trata de un problema jurídico no lo es en toda su extensión, debido a que es necesario de igual manera delimitar qué actitudes son exigibles y deseables socialmente e impedir la manipulación pública o privada de la voluntad por razones

²³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Derecho Penal de la ... *op, cit.*, pp. 161-164.

²⁴ OJEDA SEGOVIA, L., «Tratamiento mediático... *op, cit.*, 2013.

²⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Derecho Penal de la ... *op, cit.*, 2021, pp. 166-167.

económicas o de obtención de ventajas²⁶. Se trata de concretar cuales son los comportamientos tolerables socialmente y cuales, por el contrario, deberían iniciar el mecanismo penal.

Durante el desarrollo me cuestiono, si para este reconocimiento es necesario que la víctima participe en el proceso penal. Tomando de partida que el fin del proceso penal, además de la imposición de penas para el que la figura de la víctima no es imprescindible, tiene otros fines diferentes como la restitución o reparación del daño en el que el rol del damnificado es esencial; buscando devolver la misma situación material, moral y psicológica²⁷ antes del delito si fuera viable o la más parecida dentro de las posibilidades de las que se disponga²⁸. Asimismo, como su colaboración actuando de control informal del delito, puesto que el control se lleva a cabo de manera privada, no por entes públicos²⁹. La víctima actuará dependiendo de la cultura o la época, causando un hilo de actuación imitable por parte de la población, interiorizando el comportamiento³⁰.

Es complejo imaginar la representación de la víctima en un proceso complejo como los aquí tratados de delincuencia económica, corrupción, delincuencia de cuello blanco, etcétera. Empero, su intervención dota al asunto de mayores garantías y es el Estado el mismo que debe velar por la tutela y satisfacción de la víctima³¹. Hay que garantizar la presencia de la víctima y reconocer sus garantías, invitando a que sea parte activa en el proceso dependiendo de su condición en el mismo. Con este impulso se logra además de identificarlas, que la colectividad conciba las implicaciones que forjan estos delitos.

La mayor cuestión se presenta en aquellos delitos en los que el bien protegido no se refiere a individuos, sino a la Administración Pública o la Administración de Justicia, imposibilitando concretar la titularidad y

²⁶ PLANCHADELL GALLARDO, A., «Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI, 2016.

²⁷ Derechos que se recogen en España en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito y que aparecen desde la exposición de motivos, desarrollados en el articulado.

²⁸ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C., «La reparación del mal causado a la víctima del delito», *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N° 12 (87-111), 2009, pp. 87-112.

²⁹ FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid 2005, p. 279 y ss.

³⁰ Con el paso del tiempo el patrón de conducta será imitable por el grupo que se manifestará en comportamientos observables y actuaciones no visibles.

³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La protección de las víctimas en el proceso penal: Consideraciones generales e instrumentos de protección*, en TA- MARIT SUMALLA, J.M (Coord.), «El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 176 y ss.

es de esta inexistencia de «ofendido individual» de la que se deriva la invisibilidad y la no puesta en conocimiento de los delitos. Empero, que no exista un ofendido individual no implica que detrás de entes como la Administración Pública no convivan una colectividad que del mismo modo es titular de esos bienes jurídicos; una titularidad colectiva derivada a la ciudadanía y que el estado tiene que proteger y tutelar por ser intereses comunes que se vislumbran también en tipos de corrupción privada. Así, desde la sociedad nos encaminamos a no delitos sin víctima, sino a delitos en los que la titularidad de la víctima no puede cuantificarse³² y más cuando la economía se entiende configurada a nivel mundial y la repercusión traspasa fronteras³³.

Si el reconocimiento con ello es común, sacándola de la sombra actual y utilizando los mecanismos viables de la acusación popular mediante asociaciones o personas jurídicas se logrará que parte de la invisibilidad se diluya. Aún así el camino es arduo dado que la complejidad de los delitos socioeconómicos dificulta su visibilidad y el daño social.

V. CONCLUSIONES

Con el trascurso del tiempo, la materia penal evoluciona, pero lo hace a un ritmo demasiado pausado en comparación con los cambios sociales. Las investigaciones en delincuencia de cuello blanco han supuesto en los últimos años una modificación sustancial de la Política Criminal –que sigue sin ser suficiente– pues el desconocimiento, la falta de armonización y la permisividad de ciertos estados, supone un atraso en la erradicación de una de las formas de delincuencia más dañinas en términos económicos, que genera grandes lesiones en el patrimonio público, mientras que la colectividad se identifique como perjudicada del delito.

Desde el ámbito penal se aprecia un abandono de la investigación de forma generalizada durante años ya que la visibilidad del delito era escasa. El tratamiento mediático de los delitos, la persecución penal y la sanción social en ocasiones dificultan la investigación, sin embargo, el reconocimiento social e institucional cada vez más avanzado supone un medio y un modo de distanciar la macro-victimización de la invisibilidad en la que se encuentra actualmente. El punitivismo selectivo y la construcción social

³² SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada 2003, p. 193 y ss.

³³ DEMETRIO CRESPO, E., El «significado político del derecho penal económico», pp. 6-7 en DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., *Crisis financiera y derecho penal económico.*, BdF, Buenos Aires, 2014.

del delito, ha favorecido la persecución de delitos violentos y callejeros frente a los de corrupción, blanqueo de capitales o formas no violentas de delincuencia.

El impulso que se necesita para que los ciudadanos se reconozcan como perjudicados en el agravio a la economía producido por delitos como la corrupción, está *in crescendo* y cada vez es mayor la visibilización del colectivo que pide respuestas y soluciones a los poderes públicos desterrando –aunque lentamente– la idea de la víctima invisible en los delitos de cuello blanco, delincuencia organizada, corrupción y delitos no violentos alejados de la delincuencia convencional en general.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LOPEZ, M.A., «Análisis Político Criminológico de una variante moderna de la delincuencia de cuello blanco» en *Delitos de Cuello Blanco* [ROQUE DÍAZ, J.R., (Dir.)], Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tlalpan, 2011.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca*. «*Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*», Universidad de Salamanca, 2018.
- BURGOS, A, «Cuello Blanco y delito», *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 138 (57-88) Setiembre-diciembre 2015.
- CAMARA ARROYO, S., «Estudios criminológicos contemporáneos (VIII): El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología»; *Derecho y Cambio social* n° 59, 2020, pp. 446- 500.
- CORIGLIANO, M., *Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistematizada. La frontera de lo punible en el derecho penal*, Universidad de Valencia. Recuperado en: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/.../187Delitos%20de%20Peligro.%20Trabajo.pdf
- DEMETRIO CRESPO, E., El «significado político del derecho penal económico», pp. 3-22 en DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., *Crisis financiera y derecho penal económico*., BdF, Buenos Aires, 2014
- FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de «cuello blanco»*, en «El Derecho Penal de hoy», Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1995.
- HORTAL IBARRA, J.C., «Crisis Financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal, una aproximación criminológica y político-criminal» en *Actas del congreso hispano-italiano de derecho penal económico de la Universidad de La Coruña*, 2015. Recuperado de: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/23650/Hortal_Ibarra_%20Juan%20Carlos_2015_Crisis%20financiera%2C%20delincuencia%20de%20cuello%20blanco%20y%20respuesta%20penal.pdf?sequence=2&isAllowed=y

- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C., «La reparación del mal causado a la víctima del delito», *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N° 12 (87-111), 2009, pp. 87- 112.
- MARTÍN LÓPEZ, M.T., *Introducción al estudio de la criminalidad de cuello blanco* (Tesis Doctoral), Universidad de Salamanca, Biblioteca Francisco de Vitoria, 1989.
- MARTINEZ BUJÁN PÉREZ, C., «El bien jurídico y el derecho penal económico», pp- 308-309 en DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., *Crisis financiera y derecho penal económico.*, BdF, Buenos Aires, 2014.
- OJEDA SEGOVIA, L., «Tratamiento mediático de los delitos de cuello blanco o del poder», *Chasqui, Tema central*, n° 122 junio 2013.
- PLANCHADELL GALLARDO, A., «Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Blanqueo, comiso y tributación del dinero sucio», pp. 635-656 en DEMETRIO CRESPO, E., MAROTO CALATAYUD, M., *Crisis financiera y derecho penal económico.*, BdF, Buenos Aires, 2014.
- RAMOS CACERES, C., «Delitos financieros y económicos», *Revista de Derecho*, Vol. 33, n° 1, 202, pp. 5-29.
- SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada 2003.
- SUTHERLAND, E, *El delito de cuello blanco*, Memoria criminológica, Editorial B de f, Buenos Aires, 2009, p.9-10. Traducida del inglés por BELLOQUI, L.
- VASILANTONOPOULOU, V., «Revisitando la criminalidad de cuello blanco desde una perspectiva del Daño Social», *Critica Penal y Poder*, N°7, 2014. Recuperado de: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/10454>
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La protección de las víctimas en el proceso penal: Consideraciones generales e instrumentos de protección*, en TA- MARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), «El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial» en BALLESTEROS, J (Coord.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., «Corrupción y la categoría de delito de cuello blanco: cuando los delitos se comenten en contextos normalizados», *Revista IUS Veritas*, n° 57, diciembre 2018. Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20745/20515>
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Derecho Penal de la seguridad: delincuencia grave y visibilidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 2021, pp. 155-177.

Análisis sobre la lógica criminalizadora de la gestión inmigratoria del Mediterráneo

Myriam Rodríguez Lorenzo
Doctoranda en Estado de Derecho y Gobernanza global
Universidad de Salamanca
Becaria del Programa de Formación de Profesorado
Universitario (FPU), Ministerio de Universidades



«**P**ERO, NO DEBEN OLVIDAR que el contenido del Derecho, en general, y del Derecho penal, en particular, está sometido a un doble condicionante: de un lado, a los rasgos que presenta la realidad que se pretende regular y, de otro, a los criterios que se pretende queden reflejados en dicha regulación, el qué y el cómo. En este último, en el cómo, exteriorizamos el modelo de ordenación de la sociedad, el modelo de Estado, o si se prefiere, nuestra ideología. El Derecho, por tanto, es un producto histórico y está cargado de ideología»¹. Con esta reflexión el Prof. Berdugo, mi maestro, no solo comenzó su lección inaugural en el curso del octavo centenario de la Universidad de Salamanca, sino que es con ella con la que da comienzo a todas sus lecciones en las aulas de su Escuela. Es, por tanto, el primer aprendizaje que regala a todos sus discípulos que enlaza con un modo de entender el Derecho y con la forma de construirlo. Relacionar conceptos e ideas ha sido y es otra de sus grandes herencias, y es precisamente lo que intento hacer en el proceso de aprendizaje

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana». Lección Inaugural del Curso Académico 2018-2019 de la Universidad de Salamanca. Edición Universidad de Salamanca, Secretaría General, 2018, pág. 12.

que supone realizar una tesis doctoral con él y lo que voy a intentar plasmar en estas líneas.

I. LA REALIDAD QUE SE PRETENDE REGULAR: CONTEXTUALIZANDO LA GESTIÓN INMIGRATORIA ACTUAL EN EL MEDITERRÁNEO

La globalización ha tambaleado los cimientos del Estado-nación produciendo un cambio radical en la forma de estructuración de las sociedades. Esta situación ha propiciado un debate en torno a la utilidad, finalidad y consecuencias de la delimitación de las fronteras nacionales, que se están viendo sacudidas ante el aumento necesario de interrelaciones estatales globales a todos los niveles y en todas las esferas².

En este contexto, las relaciones interestatales no pueden ser únicamente económicas: es necesario tener en cuenta que las personas también migran y buscan oportunidades, ya que dependen de la estructura económica inherente a cualquier sociedad. Sin embargo, se aprecia que, ante los flujos migratorios tan elevados que están teniendo lugar con la globalización, aumenta la necesidad de delimitar fronteras. Los Estados-nación luchan por conseguir una buena posición económica a nivel mundial, pero los flujos migratorios, las personas, no están exentos de crecer con la misma necesidad que tienen esos Estados de perseguir el ritmo de la economía liberal, buscando también una buena posición, o al menos, una mejor.

En las últimas décadas, España se ha convertido en un país de recepción de inmigración, produciéndose un aumento en las tasas de población extranjera sin precedentes³. La forma que tiene España de gestionar esta realidad está condicionada, en base a la mencionada quiebra de la naturaleza y la lógica del Estado-nación tradicional y a la necesidad de relaciones interestatales, a la Unión Europea⁴.

² Para esta cuestión, ver por todos KYMLICKA, W. *Fronteras territoriales*. (Trad. Karla Pérez Portilla). Madrid: Trotta, 2016.

³ La cifra según el INE es a 1 de enero de 2021 de 5.375.917 de extranjeros en España, recuperado de: https://www.ine.es/prensa/cp_e2021_p.pdf. Además, según el informe quincenal del Ministerio del Interior Español sobre inmigración irregular, en 2021 (datos acumulados del 1 de enero al 30 de septiembre) los migrantes llegados por vía marítima y terrestre a España son 28729 y ha aumentado con respecto al año anterior un 51% (9705 migrantes más que en 2019). Consultado en la página web del Ministerio del interior, recuperado de: http://www.interior.gob.es/documentos/10180/12745481/18_informe_quincenal_acumulado_01-01_al_30-09-2021.pdf/a9587376-2b8f-4bf1-8e8e-e3f47c9a77c5

⁴ Los Estados miembros y la Unión Europea comparten competencias –en el caso que interesa en este texto– en políticas migratorias (Tratado de Funcionamiento de

En este breve trabajo, pretendo referirme –especialmente en la reflexión final– a la inmigración irregular llegada por la ruta del Mediterráneo occidental (incluida la ruta atlántica desde África occidental hasta las Islas Canarias), por la gravedad de la situación en cuanto a injusta y mortífera⁵.

II. EL «CÓMO»: POLÍTICAS MIGRATORIAS EUROPEAS EN EL MEDITERRÁNEO, ESPECIAL REFERENCIA A SU TRANSPOSICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La Unión europea presenta un grave problema en cuanto al debate que suscita la (aparente) contradicción entre los objetivos que dice perseguir con sus políticas y las líneas a seguir con las mismas. En teoría, las políticas europeas en materia migratoria se basan en un eje de triple actuación: control de flujos migratorios, integración de los inmigrantes y cooperación al desarrollo de los países emisores⁶. Sin embargo, parte de la Doctrina afirma que el peso de las intenciones de la Unión europea en la gestión de la inmigración se concentra mucho más en el primer eje⁷, el control de los flujos migratorios, focalizando la actuación desde una perspectiva de la

la Unión Europea, arts. 79 y 80). Puede consultarse el documento del Parlamento Europeo sobre la materia en: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_4.2.3.pdf

⁵ Las cifras globales de cruces irregulares de fronteras de la Unión Europea en 2020 ascienden a 125100, 86300 por frontera marítima y 38800 por frontera terrestre. De enero a marzo de 2021 la cifra aumenta un 9% con respecto al mismo periodo del año anterior, sumando 28200 cruces. La distribución geográfica en este último año supone un aumento interanual en los cruces en la ruta del Mediterráneo central (+165%, 10100 y en la ruta del Mediterráneo occidental (+43%, 6400), una disminución en la ruta del Mediterráneo oriental (-74%, 3000) y un aumento del 28% de las muertes en el mar, dado que en este período de tiempo se han registrado ya 435 muertes o desapariciones (se insiste: solo desde enero a marzo). En 2020, el número de muertes o desapariciones (también) aumentó un 8% con respecto al año anterior, siendo 2268 personas las que perdieron la vida o desaparecieron por alguna de estas tres rutas. Datos consultados en la web de la Comisión Europea. Recuperado de: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_es#estadsticas-europeas-sobre-migracin-y-asilonbsp

⁶ Puede consultarse sobre ello en: SANABRIA MARTÍN, F. Inmigración y cultura: convivencia, integración, asimilación. *Cuadernos de pensamiento político*. N.º 12, 2006. p. 193; o en Garcialoro, G. Los ejes de la política migratoria en la Unión Europea. Papeles del Este: Transiciones poscomunistas, n.º 17, 2008, págs. 21-38.

⁷ Especialmente Sanz Mulas sostiene que «la política comunitaria europea para la cohesión social y la integración social de los inmigrantes brilla por su ausencia». Vid. en SANZ MULAS, N. Política criminal: actualización a las reformas de 2015. Salamanca: ratio Legis, 2016, p. 201

seguridad⁸ y poniendo en cuestión el respeto por los Derechos humanos con sus instrumentos⁹.

Para visualizar esto es preciso hacer una breve exposición sobre algunos de los tratados y convenios adoptados por la Unión y su posterior plasmación en distintas directivas.

En 1997, a través del Tratado de Ámsterdam se integra el Acervo Schengen en la Unión Europea y la política de inmigración pasa a formar parte del Primer Pilar Comunitario. Pero el Espacio Schengen supone minimizar los controles interiores dentro de la Unión, pero amplifica notoriamente los de las fronteras exteriores con restricciones importantes para la entrada con el fin de salvaguardar e impedir la inmigración irregular, estableciendo en el Convenio de Aplicación del mismo en 1985 las sanciones a la ayuda a la entrada o permanencia con fines lucrativos. En 1999, también resulta relevante el Consejo europeo de Tampere tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, por la pretensión de cambiar la línea a seguir por parte de las políticas migratorias europeas, para que empujasen a dejar a un lado el control y apostaran por la integración y el desarrollo¹⁰. Pero esa línea volverá a tornarse rápidamente con la aparición de distintas Directivas y Decisiones Marco que lejos de apostar por una integración social y una defensa a los derechos de los extranjeros, toman como objetivo «garantizar el sellado de *nuestras* fronteras a la inmigración ilegal»¹¹.

En estas líneas, se van a analizar tres de las múltiples Directivas que conforman el acervo de normas jurídicas para regular la inmigración en la Unión. Se han escogido las que se consideran más relevantes para ilustrar la idea de control y criminalización de la inmigración irregular en base al espacio del que se dispone:

En primer lugar, relativa al control de *entrada, circulación y estancia irregular*, se encuentran la Directiva 2002/90/CE del Consejo y la DM 2002/946/JAI del Consejo. En la primera, se concretan las sanciones, por un lado, de la ayuda a la entrada y tránsito con fines lucrativos y, por otro,

⁸ La política inmigratoria se encuentra situada dentro del Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia de la Unión Europea, regulado en el Título V del Tratado de Lisboa.

⁹ REGI, J. «Las políticas de migración y asilo en la Unión Europea y sus problemas de aplicación en los Estados miembros», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 6, No. 1, (2020), pp. 57-77.

¹⁰ GUARDIOLA LAGO, M.J. La compleja armonización del delito de tráfico ilícito de migrantes (*smuggling of migrants*): ¿Existe un consenso internacional? En VVAA. *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional* (Dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 576-579.

¹¹ SANZ MULAS, N. Política criminal frente a la inmigración irregular... *Op. cit.*, p. 202.

la permanencia, llevando a cabo la opción –que no obligación– de establecer una excepción a cuando se trata de ayuda humanitaria –sin mencionar a la familiar (reagrupación familiar)–. En la segunda, se establecen las penas, en las que se encuentran la prohibición de trabajar y la expulsión, entre otras. Prácticamente todas las sanciones, inclusive la incitación, participación o tentativa de estas conductas, llegan a tal punto que «todas deben poder ser suficientes para dar lugar a la extradición», imponiendo penas hasta de ocho años con la excepción de aquellos estados que deban salvaguardar el principio de proporcionalidad de acuerdo a su derecho interno. Esta Directiva queda transpuesta literalmente en España en el artículo 318 bis, que cuenta con una última y polémica modificación efectuada a través de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal. Este artículo se encuentra situado en el Título XV Bis del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica de «los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros». Se trata de un artículo muy conflictivo ya en su tipo básico, porque castiga la ayuda a la entrada o tránsito de un individuo no comunitario en España sin exigir ánimo de lucro o mediación de grupo criminal. Ello podía dar lugar a pensar que se castiga la ayuda humanitaria, pero en el segundo párrafo del tipo básico se especifica que los hechos no serán punibles cuando el objetivo del autor sea meramente la ayuda humanitaria. Es ahí donde surge la duda sobre el bien jurídico protegido en el primer párrafo, máxime cuando existe un tercer párrafo que castiga en su mitad superior la ayuda que sea efectuada con ánimo de lucro. En su segundo apartado castiga la ayuda a permanecer en España con ánimo de lucro, pero su redacción también da lugar a muchos interrogantes que cuestionan el bien jurídico protegido y la manera en que esta conducta pueda lesionar los derechos de los extranjeros de forma más concreta. En conclusión, se trata de un precepto que denota un «claro cariz político por encontrarse diseñado estratégicamente como un delito»¹² entre la trata de seres humanos (*trafficking in human beings*), el tráfico de migrantes (*smuggling of migrants*) y la ayuda a la inmigración. Siempre son abordados como un *continuum*, no como fenómenos separados y distintos, estando los dos primeros en España regulados de igual forma hasta la reforma de 2010. Quizá este precepto deje entrever una cuestionable confusión entre inmigración clandestina y tráfico de inmigrantes, equiparándolo. Esta desafortunada equiparación justifica de algún modo la inclusión del Derecho penal en conductas de índole administrativa, como lo son la situación irregular de la inmigración clandestina y el mero control de flujos migratorios. Además, el Derecho

¹² SANZ MULAS, N. Política criminal frente a la inmigración irregular... *Op. cit.*, p. 207.

penal no está teniendo en cuenta (de nuevo, aparentemente) la voluntad o consentimiento del inmigrante afectado a la hora de criminalizar todas las posibilidades, vías de escape o ayudas que le circundan. Esto provoca que el inmigrante quede desprotegido y en una situación de vulnerabilidad frente a las mafias y crimen organizado, pero también frente al Ordenamiento jurídico, pues se le niega la protección y asistencia ante posibles infracciones contra sus derechos (a veces, el inmigrante es considerado una especie de cómplice de su propia situación de abuso por ese consentimiento o incluso como delincuente)¹³, siendo definido como un sujeto peligroso, un foco de riesgo o un enemigo del Estado. Este precepto, más que defender los derechos de los extranjeros, pareciera, al menos por su redacción, que protege la seguridad del Estado y sus fronteras, además de adelantar la barrera de la última ratio al no dejar actuar al Derecho administrativo sancionador, teniendo este último castigadas las conductas descritas en los artículos 53 y 54 de la Ley de extranjería (LOEX).

En segundo lugar, la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo, relativa a las normas mínimas sobre las *sanciones y medidas aplicables a los empleadores* de nacionales de terceros países en situación irregular, cuyo fin (aparente) es el de luchar contra la economía sumergida. Aparente porque el inmigrante, en la práctica, queda relegado a la economía sumergida precisamente a causa de la propia regulación estatal, que le deja en una situación de vulnerabilidad absoluta «quizás porque en una economía política neoliberal y globalizada, los trabajadores baratos son esenciales y por ello deben formar parte de la sociedad, si bien como sujetos invisibles»¹⁴. Esta Directiva queda adoptada en los arts. 311 bis y 312.2 del Código Penal, ubicados en el Título XV del Libro II del CP, bajo la rúbrica «de los delitos contra los derechos de los trabajadores». El primero castiga a quien «emplee o de ocupación de forma reiterada a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso laboral», pero esta conducta ya se encontraba castigada con el art. 54.I.d. de la LOEX, en el que se considera infracción *muy* grave «la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito». En el segundo, «se establece el castigo para aquellos que «empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales,

¹³ GUARDIOLA LAGO, M.J. La compleja armonización... Op. cit., pp. 563-571.

¹⁴ SANZ MULAS, N. Política criminal frente a la inmigración irregular... Op. cit., p. 206.

convenios colectivos o contrato individual». De esta forma, el inmigrante queda en una situación clara de vulnerabilidad a causa también de la negación del derecho a trabajar regulado por el artículo 36.1. de la LOEX por encontrarse en una situación de *alegalidad*.

En tercer lugar, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el *retorno* de los nacionales de terceros países en situación irregular. Esta resolución vuelve a evidenciar que los fines de la política migratoria europea concretados en ella no son la protección de los derechos de los inmigrantes, sino el control y la criminalización de la inmigración irregular, tratando al extranjero como un mero objeto carente de la necesidad del disfrute de sus derechos y vulnerando principios inherentes al Derecho penal, como el de la resocialización del delincuente o el relativo a la necesidad de castigar un hecho y no un tipo de autor. Esta disposición queda satisfecha tanto por el Derecho administrativo mediante el artículo 57 de la LOEX («expulsión administrativa») y los Centro de Internamiento de Extranjeros (CIEs), como por el artículo 89 del Código penal, creando la figura de la «expulsión penal» para ser utilizada como política de selección, discriminación y exclusión. Con esta última incursión se presencia claramente la llamada «administrativización del Derecho penal» o el denominado «fraude de etiquetas».

Las directrices emanadas de la Unión Europea han sido adoptadas en España mediante la LO 11/2003, LO 15/2003, LO 5/2010 y LO 1/2015 que, en sus Exposiciones de motivos, se presentan como defensoras de los derechos de los extranjeros, pero que, sin embargo, son cuestionadas y tildadas de presentar fines meramente restrictivos y punitivistas, que persiguen el control y el castigo de la inmigración irregular mediante el control de flujos migratorios y la exclusión del inmigrante.

Por último, una especial mención al papel del Derecho administrativo en la cuestión migratoria, por llevar a cabo también una línea totalmente selectiva, discriminatoria, excluyente y represiva:

Por un lado, se encuentran los Centros de Internamiento de Extranjeros, figura creada en 1985 por Orden ministerial como centros de carácter no penitenciario, no siendo hasta 1999 cuando se regulan mediante Reglamento interno. Se trata de instituciones administrativas de control social reguladas por el gobierno civil a través de las subdelegaciones y de las comisarias policiales que, sustentándose en las leyes de extranjería (LO 2/2009 para adoptar la Directiva del Retorno 2008/115/CE), las leyes de seguridad ciudadana (LO 4/2015 que deroga la «Ley Corcuera» LO 1/1992) y el Reglamento interno (Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior

de los centros de internamiento de extranjeros), sirven como *lugares de espera* a la toma de decisiones sobre la expulsión o no de los extranjeros en situación irregular, los permisos de residencia y la situación y condiciones de vida dentro de los CIES. Se trata de procedimientos complejos causantes de muchas polémicas, debido a la cantidad de instituciones de distinta naturaleza que intervienen en ellos, que son de carácter judicial, policial y administrativas. La privación de libertad es comprendida como una medida sancionadora potestativa únicamente por parte del Derecho penal, y sin embargo los CIE encuentran cobertura legal en el hecho de que sea un Juez de lo penal el que decide o no el internamiento (aunque una vez comenzado el procedimiento e internamiento, el abogado de oficio deba realizar el recurso ante el juez de lo Contencioso Administrativo) y en la fundamentación en la Exposición de motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre (y en la propia Ley de Seguridad Ciudadana), de la que se deduce que predominan los intereses del Estado por encima de los flujos migratorios por sus propias redacciones. Las principales críticas jurídicas –además de las inherentes a la inhumanidad y la vulneración de la dignidad que estos Centros suponen– devienen de la naturaleza jurídica de dicho internamiento y, por tanto, de su constitucionalidad, ya que es imposible que el Derecho administrativo sancionador tenga los mismos principios y garantías que el Derecho penal, por su propia naturaleza y fines. Los CIES no dejan de ser instituciones que privan de libertad a personas mediante un recurso que no es el penal, siendo esa privación perdurable hasta los 60 días (artículo 62.2. de la LOEX).

Por otro lado, está la expulsión administrativa. Tras el internamiento en el Centro, el inmigrante tiene dos posibilidades: quedar en el limbo jurídico o ser expulsado mediante el art. 57 de la Ley de Extranjería, que necesita de la existencia de un procedimiento administrativo sancionador (arts. 57.1, 54 y 53 de la misma ley). Los inmigrantes que no son expulsados tras salir del Centro quedan en situación de *alegalidad*, siendo los motivos, entre otros, principalmente tres: rechazo por parte de la embajada o consulado del país de origen en reconocerle como connacional, imposibilidad de tramitar los documentos pertinentes o falta de convenios bilaterales entre España y el país de origen para llevar a cabo su readmisión. El inmigrante quedaría sujeto a los artículos 62.3 y 58 de la LOEX: el primero expresa el deber de poner en libertad a todo inmigrante que no haya podido ser expulsado por causas jurídicas; sin embargo, en el segundo se dice expresamente que «la expulsión conllevará en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado». Por lo tanto,

hasta que no prescriba la orden de expulsión (su duración «ha de ser proporcionada al tiempo de prohibición de entrada al país»¹⁵, es decir, de tres a cinco años en condiciones normales o de diez años para casos excepcionales) o la infracción grave («encontrarse en situación irregular»)¹⁶ el inmigrante no va a poder regularizar su situación y queda expuesto a resultar detenido nuevamente por no contar con la documentación requerida.

Con todo este entramado –y ello a pesar de no haber realizado un análisis completo de toda la normativa relativa a la gestión de la inmigración por obvia imposibilidad de espacio y lugar– parecen quedar en evidencia el segundo y tercer ejes de la estructuración de objetivos de la política inmigratoria europea. Obviamente la integración se ve dificultada cuantos más obstáculos se presentan en las normativas penales y administrativas para la regulación de su situación de inmigrante y, con respecto a la colaboración al desarrollo de los terceros países, consta que no se valoran como se debiera los informes que acreditan riesgo para el inmigrante en el caso de retorno o devolución, como aquellos elaborados por instituciones como ACNUR¹⁷ o como muestra la situación en las costas libias¹⁸ y marroquíes (en este último caso, se recuerda la última crisis migratoria acontecida en 2021).

Un hecho que esclarece lo expuesto en lo relativo al objetivo del control, pero también al de (la idea europea de) cooperación, resulta de, la cada vez mayor, inversión en FRONTEX, con la adquisición de drones¹⁹ que

¹⁵ Artículo 121 del Reglamento de Extranjería, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por ley orgánica 2/2009 (LOEX).

¹⁶ Artículo 53.1.a de la LOEX.

¹⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros. *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación. 2015, pp. 109-110.

¹⁸ Domínguez Cebrián, B. (26/05/21). La ONU critica a la UE por su política de devoluciones irregulares de migrantes a Libia en alta mar. *El País*. Recuperado de: <https://elpais.com/internacional/2021-05-26/la-onu-critica-a-la-ue-por-su-politica-de-devoluciones-irregulares-de-migrantes-a-libia-en-alta-mar.html>

¹⁹ «La mejora de la tecnología de vigilancia, tal y como presenciaron Khaled y Osman, ha coincidido con el aumento de la financiación de Frontex, la Agencia de Fronteras y Guardacostas de la UE. Entre 2005 y 2016, el presupuesto de Frontex pasó de 6,3 millones de euros a 238,7, y actualmente asciende a 420,6 millones de euros. La tecnología en las fronteras balcánicas de la UE se ha financiado en gran medida con dinero de la UE, y Frontex ha prestado apoyo operativo». Popoviciu, A. (31/03/21). La UE militariza su frontera: drones, cámaras térmicas y una policía cada vez más violenta. *El diario.es*. Recuperado de: https://www.eldiario.es/desalambre/vernos-oscuridad-migrantes-enfrentan-avances-tecnologicos-protogen-fortaleza-ue_1_7357159.html

cuentan incluso con sensores de movimiento o con la colaboración con los guardacostas libios y su manifiesta agresividad con los inmigrantes²⁰, hecho que no puede definirse de otra forma que no sea la consistente en la *militarización* de las fronteras europeas. Lejos de poder hablar de protección de los derechos de los inmigrantes, lo que se ve claramente es una manifiesta vulneración de los Derechos humanos mediante la persecución, control y castigo de los sujetos que llevan a cabo la tan demonizada conducta de migrar.

La Doctrina tiene un papel indispensable en el acomodamiento del Derecho al periodo de tiempo en cuestión, y es ahí precisamente donde cobra sentido la principal función de la Política criminal: acercar el Derecho penal a la realidad social en la que se encuentra un determinado país en un momento concreto. En España encontramos ejemplos de Derecho propios de Estados totalitarios con la Ley de Orden Público de 1959 o la Ley de vagos y maleantes, con medidas claramente predelictuales propias de un positivismo criminológico en el que se puede observar la recurrencia a un sin fin de leyes especiales o sanciones administrativas (materialmente penales), algo que como mínimo parece evocar a lo que se ha puesto de manifiesto con la política migratoria europea actual. Todo ello muy unido –y así se pone de manifiesto– con la «carga ideológica del Derecho Penal» y con la utilización del Derecho como arma y no como garantía²¹.

El Estado y el Derecho externalizan la culpa de la situación de vulnerabilidad de los extranjeros hacia las organizaciones criminales. De esta forma evitan afrontar su parte de culpa en la inexistencia de incentivos que apuesten por la integración y la cooperación, olvidando los factores que promueven, incitan y favorecen a la inmigración.

III. A MODO DE REFLEXIÓN: LA CRIMINOLOGÍA COMO PRODUCTO *TAMBIÉN* HISTÓRICO Y SUS CAUSAS PENDIENTES

Como decíamos al principio, el Prof. Berdugo siempre ha pretendido que todos sus alumnos entiendan que el Derecho penal es un producto histórico cargado de ideología. Como alumna suya que siempre seré, intento relacionar esa base con mi formación académica de origen, la Criminología, entendiendo de este modo que esta última también es una construcción científica cargada de una determinada ideología que interfiere

²⁰ La web de Sea Watch.org publica un video en el que puede verse a guardacostas libios disparando contra un barco de migrantes en el Mediterráneo.

²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy. Madrid: Lustel, 2012, pp. 73-84.

también en la línea o naturaleza de propuestas o métodos que va a llevar a cabo esta disciplina dirigidas hacia el legislador. Analizar esta interferencia en la política de inmigración europea traspuesta al Código penal de una forma suficientemente completa no es un objetivo que se pueda cumplir de forma desarrollada en este espacio, pero sí –o al menos, lo intentamos– en la tesis doctoral que él mismo me dirige. No se me ocurre una mejor forma de homenajearle que esbozando en estas líneas la idea principal que llevo ya unos años reflexionando con él.

La Criminología, al igual que el Derecho –en este caso penal– realiza construcciones teóricas sobre las posibles soluciones que encuentra a los supuestos problemas que se la plantean. Esas conclusiones son dirigidas al Derecho, concretamente al legislador, para que elabore normas que regulen el problema. Y es que la inmigración irregular se plantea –al menos, desde la última década del siglo pasado y las primeras del presente– como un problema a resolver. Foucault defendía que era necesario problematizar problemas para poder entenderlos, es decir, problematizar como método de análisis centrado en descomponer cómo y por qué «ciertos asuntos (conductas, fenómenos, procesos) se convierten en un problema»²². Inmigrar es una conducta legal, amparada por una serie de derechos internacionales ratificados por todos los países que conforman la Unión Europea. La cuestión cobra importancia para el Derecho, entonces, cuando esa conducta se lleva a cabo de una forma irregular o no controlada. Porque el Derecho, especialmente el penal, es esencialmente eso: el mecanismo más represor con el que cuenta una sociedad para ejercer un control social. Y la Criminología ayuda al Derecho en esta ardua tarea dándole directrices o estableciendo las condiciones para hacerlo. A la hora de ejercer el control sobre la inmigración irregular mediterránea ambas ciencias han sido bastante contundentes. Por un lado, el Derecho ha elaborado todo un acervo de disposiciones jurídicas basado en tres pilares: control de flujos migratorios, integración de los inmigrantes y cooperación al desarrollo, siendo indiscutiblemente más pesado el primero, como demuestran todas las disposiciones antes mencionadas y gran parte de la doctrina. Tanto sobresale el primer objetivo sobre los otros dos, que la política inmigratoria europea puede juzgarse como selectiva, discriminatoria y excluyente. Por otro lado, la Criminología ha llevado a cabo por su parte un amplio proceso también selectivo, discriminatorio y excluyente sobre «el otro» o «el diferente» o, en definitiva «el delincuente» que ha servido para establecer las condiciones para criminalizar a colectivos enteros por parte del

²² FOUCAULT, Michel. *Discurso y verdad en la Antigua Grecia*. Argentina: Paidós, 2004, pág., 214.

Derecho²³. La Criminología ha empleado mucho tiempo y esfuerzo en «*perseguir al ladrón*», olvidándose fortuita o pretendidamente del sistema por el que se mueve ese ladrón.

En todas las aulas en las que se impartan lecciones de Criminología se escuchará la máxima de que la función principal de esta ciencia consiste en buscar las causas de las cosas, concretamente de las conductas y comportamientos delictivos. Pero también, especialmente con la aparición de la corriente de la Criminología crítica, comenzó una línea de discusión (entre muchas otras) que apuntaba a que la pregunta debería ser por qué una conducta es delito y, de este modo, cuestionarse la lista de delitos establecida por el Derecho penal y fijada como válida por la Criminología. Teniendo en cuenta estos puntos de partida, parece lógico preguntar por qué la Criminología no ha planteado interrogantes –hasta quizá demasiado tarde– sobre las causas de esta regulación inmigratoria, sobre por qué la inmigración mediterránea se gestiona de este modo y no de otro. ¿Por qué es así? ¿Cuál es la causa de que sea así? ¿Por qué se persigue al inmigrante? ¿Por qué están muriendo tantos inmigrantes en el Mediterráneo?

La preocupación –quizá obcecación– de la política inmigratoria de la Unión y el Derecho penal por el control y castigo, en este caso de flujos migratorios, de seguridad en sus fronteras y del inmigrante irregular, condensa perfectamente con la propuesta casi determinada de la Criminología para la solución de los problemas que aparentemente se la presentan: control y castigo de la conducta *desviada* y del *desviado*. Esta disciplina ha dejado de lado con demasiada frecuencia el estudio del sistema global que circunda a las conductas individuales que la preocupan. Ha dejado de lado, en definitiva, la criminalidad del sistema y del poder, de los Estados y de los mercados liberales sin reglas²⁴. Algunos pensadores de la

²³ Como ejemplo por antonomasia se cuenta con la Escuela Positiva italiana, especialmente con las tesis de Cesare Lombroso y su «uomo delinquente». Dice Ferrajoli: «una Criminología crítica que asuma como objeto la criminalidad del poder puede hoy revertir las connotaciones racistas que han marcado y siguen marcando a la vieja Criminología positivista. Esa Criminología es una Criminología racista, que se desinteresaba de la criminalidad de poder porque consistía en sí misma en una disciplina de poder, basada en una antropología racista del delincuente natural y por ello, sobre una antropología de la desigualdad natural de los seres humanos». En FERRAJOLI, L. Criminología, crímenes globales y Derecho penal: el debate epistemológico en la Criminología contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, n.º 4, (pp. 224). Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, p. 4.

²⁴ Ferrajoli lanza una pregunta: ¿qué tiene que decir la Criminología frente a las catástrofes terribles del hambre, la sed, las enfermedades, la devastación ambiental causados por el actual anarcocapitalismo y el mercado financiero sin reglas? En: FERRAJOLI, L. Criminología, crímenes globales y Derecho penal... *Op. Cit.*, p. 2.

Criminología crítica planteaban que uno de los mayores problemas de esta era precisamente el método, en el sentido de que nunca terminaba de entender el contexto en el que se encontraba la conducta que investigaba²⁵. Es preciso, como siempre dice el Prof. Berdugo en sus clases, conocer y entender el contexto histórico en el que se enmarca la cuestión, no solo por la importancia que tiene a la hora de interpretar correctamente la línea de pensamiento que defienden los diferentes investigadores situados en un determinado tiempo y lugar, sino también para conocer y entender la cuestión en su conjunto, poder situarla e interpretarla correctamente para poder proponer avances o conocimientos acordes con la realidad.

Hay propuestas de cambio a la actual gestión política inmigratoria del Mediterráneo. Un ejemplo es el concepto de *criminología global* que estudian autores como Rivera²⁶, entre otros²⁷, dónde, en base a una limitación en la construcción del histórico objeto de la Criminología, la delincuencia, explora una práctica y gestión desarrollada desde enfoques más reflexivos y macro de los objetos de estudio criminológicos. Morrison lanza una pregunta: ¿qué tiene que decir la Criminología frente a los innumerables genocidios del siglo pasado?²⁸ ¿Qué tiene que decir la Criminología frente a los crímenes del sistema, los crímenes contra los inmigrantes y los crímenes del mercado? La Criminología no debería seguir desinteresada ante todas estas atrocidades, no puede. Estos miles o millones de muertos (producto de cambio climático, de políticas liberales fruto del capitalismo sin reglas, de desastres naturales, de guerras y conflictos) deberían constituir un «tema privilegiado de una nueva «Criminología Mundial»»²⁹. Hace falta una Criminología crítica –crítica con el sistema penal, que no asuma sus lógicas ni de por válido todo lo que este la presente– que «asuma como objeto propio y privilegiado de investigación precisamente el racismo institucional que está en la base de la criminalidad del poder y

²⁵ TAYLOR, I/ WALTON, P/ YOUNG, J. La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada. (Trad. Adolfo Crosa). Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1975

²⁶ RIVERA BEIRAS, I. Hacia una Criminología global. *Athenea Digital*, n.º 16 (1), pp. 23-41, marzo 2016. Autor que lleva a cabo, junto con Raúl Zaffaroni, Camilo Bernal, Sebastián Cabezas, Alejandro Forero e Iván Vidal, los comentarios, presentación y edición de la versión traducida al castellano de la importante obra de Wayne Morrison, llamada «Criminología, civilización y nuevo orden mundial».

²⁷ Entre los que también se encuentran Navarro Cardoso, recomendación especial de su excelente artículo: NAVARRO CARDOSO, F. Retos del Derecho penal global. *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XL 2020.

²⁸ MORRISON, W. Criminología, civilización y nuevo orden mundial, Editorial Anthropos: Barcelona, 2012.

²⁹ FERRAJOLI, L. Criminología, crímenes globales y Derecho penal... *Op. Cit.*, p. 3.

de su impunidad. Puede hacerlo solo si se autonomiza del Derecho penal vigente en nuestros ordenamientos y de sus criterios de penalización. [...] La tarea quizá más relevante de la Criminología crítica es, [...] poner en cuestión los vicios por defecto y los vicios por exceso de nuestros sistemas punitivos e investigar las causas»³⁰, pero las causas de por qué unos delitos terribles no son considerados como tal y otros que no deberían serlo lo son. Quizá la Criminología debería dejar, en cierta medida, a un lado su interés por criminalizar conductas para comenzar a criminalizar leyes. Las 2268 personas fallecidas o desaparecidas en el Mediterráneo según las estadísticas de la Comisión Europea en 2020, más las miles de otros años y las que se cuenten en este, no pueden seguir siendo ignoradas por la Criminología.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana». Lección Inaugural del Curso Académico 2018-2019 de la Universidad de Salamanca. Edición Universidad de Salamanca, Secretaría General, 2018.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy. Madrid: Iustel, 2012.
- DOMÍNGUEZ CEBRIÁN, B. (26/05/21). La ONU critica a la UE por su política de devoluciones irregulares de migrantes a Libia en alta mar. *El País*. Recuperado de: <https://elpais.com/internacional/2021-05-26/la-onu-critica-a-la-ue-por-su-politica-de-devoluciones-irregulares-de-migrantes-a-libia-en-alta-mar.html>
- SANZ MULAS, N. Política criminal: actualización a las reformas de 2015. Salamanca: ratio Legis, 2016.
- FERRAJOLI, L. Criminología, crímenes globales y Derecho penal: el debate epistemológico en la Criminología contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, n.º 4, (pp. 224). Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona.
- FOUCAULT, Michel. *Discurso y verdad en la Antigua Grecia*. Argentina: Paidós, 2004.
- GUARDIOLA LAGO, M.J. La compleja armonización del delito de tráfico ilícito de migrantes (*smuggling of migrants*): ¿Existe un consenso internacional? En VVAA. *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional* (Dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- KYMLICKA, W. Fronteras territoriales. (Trad. Karla Pérez Portilla). Madrid: Trotta, 2016.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros.

³⁰ FERRAJOLI, L. Criminología, crímenes globales y Derecho penal... *Op. Cit.*, p. 4.

- Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación. 2015, pp. 109-110.*
- MORRISON, W. Criminología, civilización y nuevo orden mundial, Editorial Anthropos: Barcelona, 2012.
- NAVARRO CARDOSO, F. Retos del Derecho penal global. *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XL, 2020.
- POPOVICIU, A. (31/03/21). La UE militariza su frontera: drones, cámaras térmicas y una policía cada vez más violenta. *El diario.es*. Recuperado de: https://www.eldiario.es/desalambre/vernos-oscuridad-migrantes-enfrentan-avances-tecnologicos-protecten-fortaleza-ue_1_7357159.html
- REGI, J. «Las políticas de migración y asilo en la Unión Europea y sus problemas de aplicación en los Estados miembros», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 6, n.º 1, 2020, pp. 57-77.
- RIVERA BEIRAS, I. Hacia una Criminología global. *Athenea Digital*, n.º 16 (1), pp. 23-41, marzo 2016.
- TAYLOR, I/ WALTON, P/ YOUNG, J. La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada. (Trad. Adolfo Crosa). Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1975.

Notas generales sobre la pandemia (Covid-19) y el derecho en México

Manuel Vidaurri Aréchiga*



*A Ignacio Berdugo Gómez de la Torre,
Catedrático salmantino y generoso, por su vocación iberoamericana.*

I. SOBRE LA PANDEMIA EN MÉXICO

A FINALES DEL 2019 INICIÓ LA PANDEMIA por COVID-19 en China. La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la existencia del brote de Coronavirus el 11 de marzo. La enfermedad se manifestó en México a partir del 27 de febrero de 2020 y el primer fallecimiento en México se verificó el 18 de marzo.

En el informe técnico diario Covid-19 México, de la Secretaría de Salud del Gobierno de México, al 30 de agosto de 2021, a nivel mundial se han reportado 216, 303, 376 casos confirmados y 4, 498 451 defunciones¹. Según los señalados registros, es el continente americano el que tiene el mayor número de casos con 83, 479, 049, mientras que África suma 5, 620, 667 de casos acumulados. En México, se contabilizan hasta la fecha señalada, 3, 341, 264 contagios y 258, 491 defunciones. La distribución por sexo de casos confirmados muestra un predominio igual de 50% hombres y 50% de mujeres, siendo la mediana de edad los 40 años.

* Universidad De La Salle Bajío (México). Miembro correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Sociedad Mexicana de Criminología. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores (Nivel I).

¹ <https://www.gob.mx/salud/documentos/coronavirus-covid-19-comunicado-tecnico-diario-238449>

A nivel global, con datos al mes de mayo de 2020, las pérdidas económicas ascienden a cerca de 8.8 billones de dólares (equivalentes a 8.1 billones de euros), según ha estimado el Banco Asiático de Desarrollo. En la región Asia Pacífico, las pérdidas estarían entre los 1.7 billones de dólares (1.5 billones de euros), en el escenario de los tres primeros meses de la contención, pudiendo llegar a los 2.5 billones de dólares (2.3 billones de euros) en la perspectiva por seis meses de contención².

Calculadas hasta el mes de marzo³, las pérdidas económicas en México han sido cuantiosas. Tan solo en la Ciudad de México, alcanzan los 4 mil 180 millones de pesos⁴. Por el cierre de cines y plazas comerciales se calcula una pérdida de 1,131 millones de pesos y el sector hotelero informa de un 82% menos de ocupación. A nivel nacional la cifra de pérdidas económicas podría alcanzar los 250 mil millones de pesos. Los comercios y la industria en general trabajan al 20%.

Otro aspecto crítico se presentó en las instituciones universitarias y escolares, donde debieron instrumentar medidas de emergencia consistentes en organizar las actividades académicas a distancia, siendo necesario instrumentar intensos programas de capacitación en el uso de plataformas ad hoc para este tipo de enseñanza. Sobre este punto, las medidas adoptadas evidenciaron carencias económicas y de acceso a la tecnología e internet entre la población estudiantil. Tan desventajosa situación se hizo más evidente entre aquellos jóvenes que no pueden acceder a la internet por el lugar donde habitan o por la carencia del equipo informático necesario.

Un dato más o menos recurrente, no sólo en México, es el de las solicitudes del estudiantado para que se ajusten las cuotas académicas o se suspendan los cursos, y en otros casos la disminución de sueldos a los profesores, o el despido por la incapacidad institucional de solventar los salarios y los múltiples gastos de la institución. Las autoridades del sector salud implementaron diversas medidas preventivas, entre otras: mantenerse en casa (confinamiento), uso de cubrebocas (barbijos), la *sana distancia* entre las personas, el lavado frecuente de manos y la recomendación de no tocarse la cara. La evaluación social respecto del manejo gubernamental

² <https://www.economiahoy.mx/economia-eAm-mexico/noticias/10545107/05/20/Las-perdidas-economicas-por-la-pandemia-de-coronavirus-podrian-alcanzar-los-88-billones-de-dolares-.html>

³ <https://politico.mx/minuta-politica/minuta-politica-gobierno-federal/estas-son-las-p%C3%A9rdidas-econ%C3%B3micas-que-ha-dejado-covid-19-en-m%C3%A9xico/>

⁴ Al tipo de cambio (31/08/21): 1 (un) dólar norteamericano equivale a 20.10 (veinte pesos con diez centavos) pesos mexicanos.

de la crisis no es uniforme, predominando el sentimiento de que ha sido confusa, errática y no tan efectiva como convendría que fuera.

Hasta la mitad del mes de julio, no pocas universidades públicas y privadas han determinado continuar con el trabajo desde casa hasta el mes de diciembre. Algunas actividades –las menos–, podrán desarrollarse en las instalaciones (modelo híbrido), observando rigurosas medidas de seguridad e higiene.

2. EL ASPECTO JURÍDICO

A) *Perspectiva constitucional*

Está de más decir que la pandemia por COVID-19 representa una inédita problemática para la cual apenas si se tenían medidas jurídicas apropiadas. El sistema jurídico mexicano establece medidas legales para suspender o limitar el ejercicio y disfrute de ciertos derechos y garantías ciudadanas ante situaciones similares a las producidas por la pandemia. Es necesario, en todo caso, tener en cuenta la organización jurídica y política mexicana, la que es una república integrada por 33 entidades federativas y 2, 465 municipios, con una población de 119, 530, 753 habitantes⁵. Conforme a lo dispuesto por la Constitución Política Federal (artículo 73, fracciones XXI, XXII y XXIII), las competencias jurídicas se distribuyen entre la federación y cada una de las entidades, mismas que cuentan con un conjunto de normas propio.

Por la gravedad de la contingencia sanitaria, corresponde al gobierno federal, en colaboración con los gobiernos estatales, tomar decisiones y emitir los acuerdos legales conducentes. Un primer acto jurídico es el que se contiene en el:

Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-Cov2 (covid-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de fecha 23 de marzo de 2020⁶.

Posteriormente, el Consejo de Salubridad General (dependiente directamente del Presidente de la República), declaró emergencia sanitaria por *causa de fuerza mayor*, con base en la evolución y fallecimientos

⁵ <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/habitantes.aspx>

⁶ https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590161&fecha=23/03/2020

causados por la enfermedad, documento que puede verse también en el DOF, pero de fecha 30 de Marzo⁷. La *fuera mayor*, como bien se sabe, se considera una eximente de responsabilidad; implica una justificación para no cumplir obligaciones contractuales o dar por terminados algunos contratos.

Con fundamento en el artículo 73, fracción XVI del texto constitucional, toca al Presidente de la República dictar una declaratoria mediante la cual se establezca una *acción extraordinaria* en materia de salubridad general, la que no ha sido emitida a la fecha. Esta declaratoria *podría suspender por tiempo limitado y mediante prevenciones generales el ejercicio de ciertos derechos* (excluidos los políticos, de no discriminación, reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad física, pensamiento, conciencia, creencias religiosas, legalidad, retroactividad; las prohibiciones a la pena de muerte, esclavitud, desaparición forzada y tortura, así como las garantías judiciales encaminadas a su protección). De otro lado, es facultad del Honorable Congreso de la Unión, máxima instancia legislativa del país, conceder al presidente las autorizaciones necesarias para enfrentar la situación. En este esquema, será Suprema Corte de Justicia de la Nación la encargada de revisar de oficio e inmediatamente los decretos expedidos por el titular del poder ejecutivo.

La emisión de una declaratoria como la mencionada antes daría lugar a que la Secretaría de Salud realizara una serie de acciones, entre las que se cuentan:

- Encomendar actividades a otras autoridades federales, estatales o municipales y a técnicos y auxiliares de las disciplinas sanitarias.
- Medidas relacionadas con reuniones de personas.
- Entrada y salida de poblaciones.
- Medidas de naturaleza higiénica.
- Regulación del tránsito terrestre, aéreo y marítimo.
- Disponer de todos los medios de transporte del Estado y del servicio público.
- Utilización prioritaria de los servicios telefónicos (correos, teléfonos, TV, etc.).
- Posponer pago de impuestos, reducción del pago de cuotas obrero patronales, suspensión del cobro de créditos con alguna institución gubernamental, etc.

⁷ https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020

B) *Ley General de Salud*⁸

En el caso mexicano, la determinación del estado de emergencia no se fundó en la Constitución, sino en la Ley General de Salud, al tenor de lo que se establece en el Título Décimo, Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General, cuyo contenido se consigna siguiendo diversos dispositivos legales, según loscuales: según lo que se indica en los siguientes artículos: En caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país, la Secretaría de Salud dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el Presidente de la República (art. 181). También se indica que (art. 182) en caso de emergencia causada por deterioro súbito del ambiente que ponga en peligro inminente a la población, la Secretaría de Salud adoptará las medidas de prevención y control indispensable para la protección de la salud; sin perjuicio de la intervención que corresponda al Consejo de Salubridad General y a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Y muy untual se declara que en los casos que se refieren los artículos anteriores, el Ejecutivo Federal podrá declarar, mediante decreto, la región o regiones amenazadas que quedan sujetas, durante el tiempo necesario, a la acción extraordinaria en materia de salubridad general (art. 183).

Ahora bien, respecto de la acción extraordinaria en materia de salubridad general, se dispone que (art. 184) la Secretaría de Salud, deberá integrar y mantener permanentemente capacitadas y actualizadas brigadas especiales que actuarán bajo su dirección y responsabilidad y tendrán las atribuciones siguientes: I. Encomendar a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, el desempeño de las actividades que estime necesarias y obtener para ese fin la participación de los particulares; II. Dictar medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de ellas en las poblaciones y con los regímenes higiénicos especiales que deban implantarse, según el caso; III. Regular el tránsito terrestre, marítimo y aéreo, así como disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos éstos últimos; IV. Utilizar libre y prioritariamente los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así como las transmisiones de radio y televisión.

⁸ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs.htm>

c) *Ley Federal del Trabajo*⁹

En su Capítulo VII, referido a la Suspensión Colectiva de las Relaciones de Trabajo, concretamente en su artículo 427 (fracciones I y VII), se dispone que son causas de suspensión temporal de las relaciones de trabajo en una empresa o establecimiento: fracción I) La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al patrón, o su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión de los trabajos; y fracción VII) La suspensión de labores o trabajos, que declare la autoridad sanitaria competente, en los casos de **contingencia sanitaria**.

d) *Código Penal Federal*¹⁰

En su Capítulo II, titulado Del peligro de contagio, el artículo 199-Bis señala literalmente lo siguiente:

El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Cuando se trate de cónyuges, concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

e) *Código Penal del Estado de Guanajuato*¹¹

Ya se ha señalado que en la República Mexicana cada una de las entidades federativas que la componen tienen algunas leyes que se producen y aplican en su territorio. Como mero ejemplo se muestra lo señalado en el Código Penal del Estado de Guanajuato, en cuyo Capítulo IX,

⁹ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft.htm>

¹⁰ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm> En diciembre del 2020 se dictaron reformas a la Ley Federal del Trabajo para implementar medidas referentes al denominado teletrabajo.

¹¹ <https://www.congresogto.gob.mx/codigos>

denominado Delitos de peligro para la vida y la salud, se establece en los términos siguientes:

Artículo 168. A quien sabiendo que padece o porta enfermedad grave y transmisible, ponga en peligro de contagio a otro, será sancionado con prisión de uno a cinco años y de diez a cincuenta días multa.

Este delito se perseguirá por querrela.

f) *Documentos relativos a Derechos Humanos*

Durante la pandemia han sido emitidos una serie de documentos que aluden a los Derechos Humanos. Tales instrumentos pretenden normar u orientar la aplicación y eficacia de estos derechos en beneficio de colectivos de personas que, por su especial circunstancia, podrían verse afectadas la enfermedad o por las medidas adoptadas en relación con la misma.

- COVID-19 en la vida de las mujeres de la Comisión Interamericana de Mujeres de la OEA.
- Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Estándares Avanzados para el Sistema Penitenciario Mexicano de la UNODC, OMS/OPS y de la Oficina en México del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- Directrices esenciales para incorporar la perspectiva de Derechos Humanos en la atención a la pandemia por COVID-19 de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- COVID-19 and Human Rights. We are all in this together. Organización de las Naciones Unidas.
- El Sistema Penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el COVID-19 del ILANUD.

3. LOS DELITOS DE CONTAGIO

Se han transcrito antes los artículos correspondientes de los Códigos Penales Federal y del Estado de Guanajuato referidos a los delitos de contagio, siendo estas las figuras típicas más cercanas a la problemática asociada de algún modo con el COVID-19. Es obvio que la salud pública constituye un bien jurídico de elevada significación social, aspecto que se sustenta en su consideración constitucional, instrumentos internacionales

de Derechos Humanos, leyes generales y en las propiamente penales. Tan importante es la protección de la salud de la comunidad que su afectación se considera atentatoria de uno de los bienes jurídicos colectivos más importantes de los que pueda hablarse.

Ante la inusitada problemática sanitaria que hoy enfrentamos es lógica la preocupación por el grado de eficacia del Derecho en general y del penal en particular. Si bien, el Derecho penal debe ocuparse por aquellas conductas que lesionan intereses superiores (los más graves, en todo caso), el hecho por demás evidente es que los estragos producidos por el COVID-19 no habían sido siquiera imaginados, mucho menos considerados para su genérica tipificación penal.

La protección jurídica de la población necesita del uso adecuado del orden normativo en su conjunto, que incluye normas administrativas, sanitarias y penales (éste último para los casos de lesiones extremas). Muñoz Conde y García Arán han destacado que frente a los potenciales daños a la salud pública se ha recurrido a los llamados delitos de *peligro abstracto*, lo que se logra adelantando las barreras de protección a la simple puesta en peligro del bien jurídico colectivo sin que sea necesario esperar a la lesión del bien jurídico individual constituido por la salud o la integridad física de una determinada persona¹². En opinión de Berdugo, es frecuente señalar que el recurso a la técnica de los delitos de peligro es una manifestación de una política criminal orientada a la prevención y hacia las posibles víctimas; sin embargo, como bien matiza el catedrático salmantino, es innegable que los bienes jurídicos colectivos deben protegerse, pero tal protección ante su lesión o puesta en peligro, no ha de hacerse al margen de las garantías constitucionales, especialmente la que se contiene en el principio de lesividad¹³.

Ahora bien, si se observa nuevamente lo arriba transcrito, puede apreciarse que los tipos penales, federal y del Estado de Guanajuato (muy similar a los otros códigos penales estatales), refieren una conducta de peligro *—a quien sabiendo que padece o porta enfermedad grave y transmisible, ponga en peligro de contagio a otro—*, de modo que no se requiere una lesión efectiva del bien jurídico protegido. No obstante, para fines de imposición de la sanción establecida, es necesario que, en efecto, se haya puesto en peligro a la víctima, aspecto que no deja de ser algo complejo de acreditar. En términos generales, la intervención de Derecho penal se ocupa de la efectiva afectación o vulneración del bien jurídico, esto es, cuando

¹² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 604.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, 1.ª edición, Madrid, Iustel, 2012, p. 228.

sí existe un resultado lesivo para la vida o la salud de una o varias personas. En este último supuesto, se requiere acreditar la relación de causalidad entre la acción peligrosa y el resultado lesivo como elemento imprescindible, sobre el que pueda luego revisarse otros elementos que posibiliten la imputación objetiva y subjetiva¹⁴.

Como es bien sabido al momento actual, algunos de los síntomas de COVID-19 (tos, fiebre elevada, dificultad para respirar, entre otros) son perfectamente identificables; también se sabe que existen personas infectadas, que no exhiben síntomas notorios que delaten la enfermedad, tales son los llamados asintomáticos. En tal estado, se complica aún más la acreditación de los elementos típicos establecidos ya que exigen del sujeto activo el conocimiento de estar cursando la enfermedad (aunque sea en el estado asintomático), aspecto que según los expertos sanitarios ni siquiera puede ser identificado como propio de COVID-19, por su enorme similitud con una gripe, resfriado común o un cuadro de alergia simple. Se resalta pues, que el riesgo, no serían los sujetos infectados (plenos sabedores de tal situación), sino los asintomáticos, categoría en donde podrían estar muchas más personas de las que realmente puedan identificarse y menos si las pruebas de detección son escasas o, peor aún, inexistentes.

Las hipótesis jurídico-penales que orbitan en torno al COVID-19 son innumerables, pasando por categorías tales como el estado de necesidad, la comisión por omisión, el consentimiento, la acción dolosa o la imprudente, la tentativa, el error, la problemática de la posición de garante, la responsabilidad médica, por mencionar algunas. El catálogo temático sería inabordable por el momento. Una realidad es inocultable, en el marco del confinamiento social, se han incrementado los delitos de violencia contra la mujer¹⁵, abusos sexuales a menores, fraudes informáticos, así como conductas como el consumo de drogas y alcohol. Otros delitos (Secuestro, Robo a casa habitación o con violencia en la calle, Secuestro o Extorsión) disminuyeron en alguna medida, aunque el Homicidio experimentó un repunte notorio.

4. ¿NUEVA NORMALIDAD?

En una reciente publicación, al referirse a la pandemia («el nuevo gran encierro de la modernidad tardía», como él la describe) Rivera Beiras

¹⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., p. 605.

¹⁵ De acuerdo con cifras de la Organización de las Naciones Unidas, la violencia contra la mujer en el hogar aumento un 60% durante la pandemia, véase: <https://www.forbes.com.mx/women-violencia-mujer-hogar-aumenta-60-pandemia/>

escribió: «Nuestras vidas cambiaron súbitamente dentro de un encierro domiciliario, acompañado del cierre de escuelas y universidades, o de la muchos establecimientos comerciales e industriales, así como una serie de medidas de prohibición de circulación de vehículos por carreteras y muchas otras que dibujan y conforman la cuarentena que vivimos»¹⁶.

Desde ese panorama, y en ejercicio de imaginar la vida después de la pandemia, ha venido utilizándose el concepto de *nueva normalidad*. Nos parece un concepto ambiguo y, por lo mismo, no exento de críticas. Al parecer tuvo su origen en Austria, siendo pronunciado por el canciller Sebastián Kurz, quien el pasado 14 de abril habría señalado: «podemos aplicar el primer paso hacia una nueva normalidad» (en su idioma *neue normalität*)¹⁷. Después la Organización Mundial de la Salud lo adoptó y vulgarizó. El mensaje que quiere transmitirse a través del concepto es la *adopción de un estilo de vida* asociado a la ineludible presencia del virus.

Sí lo que se busca transmitir es la actitud responsable en las relaciones humanas cotidianas, cuidadosa de la salud propia y de la de quienes nos rodean o con quienes se tiene contacto más o menos estrecho, más valdría utilizar un concepto diverso que transmitiera de mejor forma aquello que se quiere lograr. Así pues, en el contexto sanitario en el que se propone la adopción de un nuevo estilo de vida, hablar de *nueva normalidad* no solo es confuso y hasta riesgoso, en tanto puede sugerir que todo ha terminado y que se puede retomar la vida sin mayores complicaciones lo que, definitivamente, es erróneo.

El de *nueva normalidad* no es un concepto técnico, sino más bien mediático y hasta podríamos decir que polisémico. Se ha generalizado su uso, aunque no se ha puesto la debida atención en sus alcances e interpretaciones por parte del colectivo social. Suponer que todas las personas lo entienden en el sentido de actuar con responsabilidad respecto de su salud y de quienes le rodean es suponer demasiado. Si como dicen los científicos el COVID-19 ha llegado para quedarse, actuar con responsabilidad (individual y colectivamente) frente a la grave enfermedad refleja la adopción de una novedosa regulación de las relaciones humana. Lo anterior requiere, sin duda, la implementación de una pedagogía social a través de la cuál se interioricen informada y libremente hábitos y cambios actitudinales

¹⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki, (coordinador), *Pandemia. Derechos Humanos, sistema penal y control social (en tiempos de coronavirus)*, Valencia, Tirant Humanidades, Valencia, 2020, p. 21.

¹⁷ <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/neue-normalitat-el-concepto-austriaco-que-acuno-la-moneda-en-medio-de-la-pandemia/OH7P4KVPXRDAFG5DCCT7O2YINE/>

dirigidos a enfrentar las circunstancias que impone una realidad inmersa en el riesgo sanitario.

Alternativamente, proponemos un concepto diferente: **nueva convivencia cívica**. Confiamos en la generación de formas renovadas de vinculación interpersonales, mediadas por el respeto y la consideración por el otro. El nuevo código de relación estaría configurado a partir de la toma de conciencia (individual y colectiva) de una establecer una convivencia (la interacción en todos los ámbitos sociales) basada en la civilidad (que es lo concerniente a todas y todos los habitantes de una ciudad).

5. POPULISMO PUNITIVO Y COVID-19

En medio de la pandemia, personal de servicios médicos ha sido víctima de agresiones por parte de personas que consideran, sin razón por supuesto, que serían portadores de la enfermedad y por eso mismo podrían ser potenciales fuentes de contagio¹⁸. La ignorancia, el miedo y la desinformación pueden ser las causas de tan torpe comportamiento. Ante tal situación, no han faltado las voces que se pronuncian por el uso del Derecho penal, suponiendo que esta herramienta jurídica puede frenar las agresiones. La tendencia al populismo penal¹⁹ no puede ser la respuesta a la situación comentada, sobre todo porque el uso de esta rama jurídica no puede hacerse sin considerar las posibilidades de su real eficacia ante el caso concreto.

Un documento publicado por el Colectivo Todos Unidos Contra el Populismo Punitivo²⁰, señala que: «En el último periodo legislativo en el ámbito federal se presentaron 18 iniciativas en materia penal para castigar

¹⁸ No son pocas las notas periodísticas que relatan agresiones a personal sanitario, entre otras: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/medicos-luchan-contra-covid-19-salvan-vidas-y-los-agreden/1375723>; también puede verse esta: <https://www.msn.com/es-mx/noticias/mexico/agreden-a-enfermeras-y-m%C3%A9dicos-por-temor-a-coronavirus-en-jalisco/ar-BB11YYMS>

¹⁹ Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Vademecum de Criminología*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, voz **populismo penal**: «Denominación con la que se identifican aquellas medidas legislativas adoptadas por la clase política para, presuntamente, satisfacer demandas (reales o ficticias) de la ciudadanía. Generalmente son medidas legislativas consistentes en incrementar las sanciones jurídico-penales y formular nuevas tipificaciones penales, denotando un uso abusivo del Derecho penal, básicamente con el objetivo de obtener votos y satisfacer los intereses de un partido político o de un grupo social en particular».

²⁰ <https://www.animalpolitico.com/blog-invitado/populismo-penal-durante-la-pandemia-endurecimiento-de-penas-por-agresiones-al-personal-de-la-salud/>

con mayores penas de prisión a quien agrede al personal del sector salud. Las propuestas consisten en reformas al Código Penal Federal o a la Ley General de Salud, e incluso crear la Ley General para la Protección del Personal del Sector Salud en Emergencia sanitaria». Y en otro apartado, agregan algunos ejemplos de los contenidos de las propuestas legislativas: «Por tratarse de agresiones a personal de salud y no de otras profesiones, las penas se duplican de 8 a 16 años o de 7 a 14 años. También destacan legislaciones que prevén penas de 10 años y medio o 7 años y 6 meses de prisión, adicionales a cualquier delito que se cometa contra estos sujetos».

Las legislaciones penales federal y de las entidades federativas cuentan, como es lógico, con tipificaciones que sancionan conductas de agresión o discriminatorias, aunque las mismas, a decir de los ahora proponentes, son insuficientes. Los autores del documento se cuestionan lo siguiente:

Si la preocupación como sociedad recae en la insensibilidad del perpetrador respecto a la labor del personal de salud, ¿por qué no optar por penas alternativas a la pena de prisión, como someter al agresor a horas de trabajo comunitario o crear campañas de concientización para que comprenda el valor del trabajo del personal de salud en la pandemia? ¿por qué no pensar en que el efecto disuasivo de la pena está en combatir la impunidad y no en aumentar las penas? ¿Por qué la respuesta tiene que ser más cárcel?

Al acudir al Derecho penal para atender todo tipo de problemas sociales se corre el riesgo de caer en un inconveniente uso exclusivo del mismo ocasionando un pernicioso efecto simbólico al abrir falsas expectativas de solución. La huida al Derecho penal conlleva la afectación de bienes jurídicos de forma desproporcionada y más si lo que se pretende es infundir miedo o intentar tranquilizar el reclamo social por medio de las medidas jurídico-penales.

6. RETOS Y REFLEXIONES DE CARA AL FUTURO

Tal vez sea conveniente reflexionar en torno a lo que está por venir. A pesar de nuestros deseos más íntimos, COVID-19 será una enfermedad grave que acompañará nuestra existencia mientras no se obtenga la vacuna que elimine, controle o permita tratarle médicamente. La vida tal y como la conocíamos cambiará, sin duda, en muchos sentidos. Nada será igual, la amenaza a nuestra salud está a un metro de distancia, en pequeñísimos e imperceptibles elementos portadores del virus. Ante tal estado de cosas, se aprecian los siguientes aspectos:

A) *Antes de la pandemia*

Antes de la llegada de la pandemia, otras crisis estaban presentes en el decurso nacional. Rezago social, marginación y pobreza eran aspectos tristemente presentes en la vida de millones de personas²¹. En tal situación, no puede hablarse seriamente del acceso a la salud o al pleno disfrute de otros derechos humanos²². Aparte de lo anterior, la presencia de la delincuencia organizada y las confrontaciones entre grupos rivales ha dejado una cauda dolorosa de muertes violentas, haciéndose notoria la deficiente intervención de las agencias policíacas encargadas de enfrentar el fenómeno.

B) *Durante la pandemia*

Durante la crisis sanitaria los problemas no han sido pocos. Los centros de trabajo y educativos han debido cerrar, los hospitales experimentan un progresivo nivel de demanda que impide ofrecer la debida atención a los solicitantes, el sector de servicios turísticos, las agencias de viajes y los centros recreativos informan de pérdidas millonarias; el comercio informal y los trabajadores que desarrollan oficios diversos han dejado de percibir un salario y tampoco cuentan con otras oportunidades laborales.

La situación de las personas privadas de libertad no deja de ser preocupante²³; de igual modo las personas que se encuentran en situación de calle, las que forman parte de comunidades indígenas, las personas migrantes y las personas adultas mayores que viven en asilos, quienes por su específica circunstancia son susceptibles de contagiarse y padecer la enfermedad. Las acciones tomadas por el gobierno federal son recogidas en un documento

²¹ Medición de la pobreza 2008-2018, véase: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza-2018.aspx>

²² FUENTES, Mario Luis, *COVID-19: el reto de construir una normalidad aceptable*, Programa Universitario de Estudios del Desarrollo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, visible en: <http://www.pued.unam.mx/export/sites/default/archivos/documentos-trabajo/DT22.pdf>

²³ En México existen 300 centros penitenciarios que albergan a 202, 221 personas, de las cuales el 94.8% son hombres y 5.20% son mujeres. Mayores datos sobre la situación puede verse en: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=50087>; otro documento de interés, *El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el COVID-19*, elaborado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, San José de Costa Rica, Abril, 2020.

especialmente elaborado por la Secretaría de Gobernación (el equivalente al Ministerio del Interior de otros países)²⁴.

c) *Después de la pandemia*

Cuando eso suceda, es decir cuando la pandemia termine, se impone el establecimiento de múltiples medidas y acciones gubernamentales y provenientes de la misma sociedad. El confinamiento masivo cederá frente al reto de la reactivación económica, tarea que se antoja compleja y de largo plazo. Un ejercicio de prospectiva realizado por Alejandro Hope²⁵, menciona cuatro predicciones post-pandemia:

- *El Estado mexicano saldrá debilitado.* Fundamentalmente por la crisis económica, la que afectará todos los sectores incluyendo el de seguridad y justicia. Habrá recortes presupuestales que impacaran negativamente las aportaciones y subsidios que usualmente se asignan a las entidades federativas y a los municipios. La modernización y fortalecimiento de las agencias de seguridad y justicia será postergada.
- *Los mercados ilegales van a ser más desorganizados e inestables.* Explica que los actores del submundo criminal tendrán que encontrar nuevas rutas y modalidades para el tráfico ilícito de drogas, personas, armas, etc. generándose conflictos entre grupos delincuenciales rivales. El ajuste en los objetivos de la delincuencia, así como en los modos de operar, producirá inestabilidad y violencia.

²⁴ El referido documento establece un índice temático que identifica medidas violatorias a Derechos Humanos, entre otras: cierre de fronteras, caminos y carreteras, toques de queda, retenes y otras medidas restrictivas del libre tránsito. En cuanto a derechos laborales y derecho a la salud: discriminación y violencia; agresiones y actos delictivos en contra del personal médico; negativas de atención médica; asesinatos de personas defensoras de Derechos Humanos; desapariciones de personas; manejo de cadáveres. Por lo que respecta a grupos de personas en situación de vulnerabilidad, se revisa la concierne a liberación de personas privadas de libertad, personas migrantes, desplazadas, refugiados, indígenas y personas afromexicanas, además de observar la vigencia del derecho de acceso a la información. Puede verse en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/548913/OBSERVACIONES_SOBRE_VIOLACIONES_A_DERECHOS_HUMANOS_DURANTE_LA_CONTINGENCIA_SANITARIA_POR_COVID-19.pdf

²⁵ HOPE, Alejandro, «Cuatro predicciones para después de la pandemia», en <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/alejandro-hope/cuatro-predicciones-para-despues-de-la-pandemia>

- *La relación intergubernamental se tornará complicada.* Los motivos de la rispidez entre los niveles de gobierno serán propiciados por razones económicas y sanitarias, siendo probable que se extienda al sector de la seguridad. Las carencias presupuestales alimentarán el conflicto entre niveles de gobierno, escalando a niveles difíciles de manejar.
- *La relación con los Estados Unidos se volverá compleja.* La frontera entre los dos países se verá dañada por efecto de la pandemia, básicamente por temas relacionados con la migración. A lo anterior habría que adicionar las próximas elecciones presidenciales estadounidenses. México recibirá presiones norteamericanas para detener el tráfico de heroína y fentanilo.

La agenda post pandemia es poliédrica. En nuestra opinión, el desahogo de la señalada agenda exige contar un gobierno dispuesto a promover e impulsar con todos los sectores sociales un plan de acción bien definido, comprometido y cuya viabilidad sea posible en virtud de la acción concertada entre los grupos políticos, económicos y sociales. Puntualmente, se vislumbran como indispensables las siguientes medidas o acciones:

- Redoblar medidas sanitarias deberán redoblar en prevención de nuevos brotes.
- Fortalecer los servicios de salud e invertir en investigación científica.
- Distribuir recursos a pequeñas y medianas empresas para propiciar su reactivación.
- Definir canales de coordinación entre los niveles de gobierno.
- Revisar el marco normativo nacional y legislar con una perspectiva que haga sentido con la posibilidad de contingencias futuras (se impone legislar en aspectos concretos como el relativo al trabajo en casa, o el de asignar un ingreso mínimo vital, por ejemplo).
- Impulsar la creación de empleos y animar la inversión externa.

El catálogo es meramente enunciativo. La pandemia ha evidenciado innumerables carencias, deficiencias institucionales y defectos en las relaciones humanas lo que habla de la poca empatía y solidaridad, que son valores propios de las comunidades humanas inteligentes y racionales. Claramente, nos parece indispensable (urgente) construir el **Derecho de la emergencia sanitaria**, cuyo objetivo, contenido y teleología habrá de basarse tanto en las normas jurídicas internas como en aquellas otras de alcance internacional (la pandemia no es un fenómeno aislado). Se trata de

una ordenación del marco legal que permita, al fin, establecer la organizada intervención y regulación de acontecimientos como el que ahora nos ha obligado a pensar y redactar estas apresuradas líneas.

Un comentario final: la crisis global producida por el COVID-19 ha revelado nuevamente la vulnerabilidad humana y, al mismo tiempo, quedó al descubierto (al menos para México) la necesidad de revisar exhaustivamente el orden jurídico, con miras a configurar las normas que regirán situaciones similares.

La «lucha» contra el crimen organizado en América Latina. Reflexiones mas allá de la frontera penal

Myrna Villegas Díaz*



I. INTRODUCCIÓN

LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES de derechos humanos imponen a los Estados la obligación de proteger a las personas frente a eventuales agresiones por parte de agentes estatales, pero también de aquellas que cometan particulares o entidades privadas, para así poder garantizar sus derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹.

Ahora bien, como indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Campo Algodonero», de la obligación general de garantizar «los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal (contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos) deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos». Esta «obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente

* Doctora en derecho por la Universidad de Salamanca. Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Profesora e investigadora del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Officer Project del Comité Permanente de América Latina para la Prevención del delito. Parte de este trabajo fue expuesto por su autora en el *Primeiro Fórum Virtual Sobre a Segurança Humana para os Direitos Humanos na América Latina*, Quito, Ecuador, octubre de 2020.

¹ Observación General N.º 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/I/Rev.7 at 225 (2004).

para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse»². Luego, los estándares internacionales de derechos humanos imponen a los Estados obligaciones de prevención, investigación, sanción y garantías de no repetición.

El crimen organizado, especialmente el relacionado con el narcotráfico, ha causado graves afectaciones a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad personales de los latinoamericanos. Los feminicidios de ciudad Juárez, graficados en el recién mencionado caso del campo algodonerero, así como la masacre de Ayotxinapa, son solo la punta del iceberg de centenares de muertes, muchas de las cuales quedan en la impunidad.

La política criminal latinoamericana sobre este fenómeno ha seguido las directrices de los países del norte y de la legislación internacional vigente sobre el mismo. La pregunta que inspira este trabajo es si, en términos generales, importar esta estrategia para aplicarla en América Latina, contribuye a cumplir con las obligaciones internacionales que tienen los Estados en materia de derechos humanos, y a dar seguridad a sus habitantes.

Ello toda vez que en el crimen organizado hay varios aspectos a considerar, no solo la forma en la que se estructuran las organizaciones criminales, sino también la corrupción, el lavado de activos, el tráfico de armas, fenómenos criminales todos los cuales no pueden ser examinados sin hacer referencia a la estructura general de las sociedades latinoamericanas en sus aspectos económicos, políticos y sociales.

Como ya lo indicara Berdugo respecto de la corrupción, «la respuesta frente a la misma supera las fronteras del Derecho penal y, por tanto, puede ser analizada desde un plano económico, político, sociológico, desde su incidencia en las relaciones internacionales o desde distintas perspectivas jurídicas»³.

II. LA ADECUACIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES A LA NORMATIVA INTERNACIONAL

América Latina es un continente que se ha caracterizado históricamente por sus profundas desigualdades, especialmente económicas y

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 287 y 239.

³ BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE, I. «La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española», Estudios de Deusto, Vol. 63/1, Enero-Junio 2015, págs. 229-265 1 <http://www.revista-estudios.deusto.es/>.

sociales⁴, las que han servido como escenario ideal para la propagación del crimen organizado. Frente a ello los países han respondido adecuando sus respectivas legislaciones internas a la legislación internacional, particularmente tras la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Es así como algunos países poseen leyes especiales sobre crimen organizado. Otros, en cambio, no lo han abordado con esta sistematicidad. En todo caso, en todos hay leyes que regulan el narcotráfico y el lavado de activos.

Esta «adecuación» si bien, por una parte muestra la preocupación de los Estados, por otra parte ha generado una normativa dispersa⁵, diferente en contenido, con tipos penales abiertos, disonantes con el principio de legalidad, que actúan como una especie de abrazadera de diferentes formas de delincuencia. Hay también una relativización de garantías individuales a través de normas procesales, así como países que habiéndose visto constreñidos a dictar ciertas normas, producto de la presión económica internacional⁶, éstas se quedan en el campo del derecho penal simbólico (como ocurre, por ejemplo, con el delito de financiamiento del terrorismo en Chile)⁷.

La doctrina identifica varios problemas, entre otros: inexistencia de homogeneidad en la definición de crimen organizado; delitos diversos que se incluyen en el concepto de delincuencia organizada; falta de homogeneización en las penas; criterios dispares en procedimientos y herramientas de investigación; asimetrías en la extinción de dominio; divergencias en materia de responsabilidad de las personas jurídicas; falta de armonía en cuanto a los principios, derechos y garantías del debido proceso penal; y la confusión entre crimen organizado y maras o pandillas⁸.

⁴ Véase informes anuales de CEPAL. Entre otros, «La matriz de la desigualdad en América Latina», 2016. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40668/4/S1600946_es.pdf; «Panorama social de América Latina 2020», https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46687/8/S2100150_es.pdf

⁵ MARTÍNEZ VENTURA, J. «Armonización de la legislación contra el crimen organizado en Centroamérica». *Revista Policía y Seguridad Pública* 1 (2), 2014, pp. 63-94, p. 65 <http://dx.doi.org/10.5377/rpsp.v1i2.1359>

⁶ Sobre esta presión internacional proveniente del GAFI, ampliamente por el caso argentino, FRANCESCHETTI, G. «Reflexiones político-criminales en torno a la ley que pune el terrorismo y la financiación del terrorismo». *Revista Intercatedras I, II y III Encuentro 2011-2012*, Vol 1, 2013, pp. 45-61, p. 49.

⁷ Art. 8 de la ley n.º 18.314, cuya aplicación ha sido prácticamente nula en el país.

⁸ MARTÍNEZ VENTURA, J. «Armonización de la legislación...» p. 66.

1. ¿Concepto de crimen organizado?

En mi modesta opinión, tal vez el núcleo problemático mayor lo constituya el concepto de crimen organizado, aparentemente inexistente en cuanto tal en la legislación comparada. Este concepto, como advierte el trabajo de Vizcarra, Bonilla y Prado⁹, tiene un doble significado, uno que se maneja en el ámbito académico, y otro que se maneja en la política pública de la seguridad. En cuanto al concepto académico, hay más de un centenar de definiciones, sin aunamiento de criterios¹⁰. Pero es el concepto que se usa en el ámbito de la política pública el que predomina a la hora de armonizar las legislaciones internas, y el que sirve de sustento a la alteración de las reglas ordinarias en materia penal y procesal penal.

Se suele partir de la definición que da la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC) o Convención de Palermo, que no es precisamente una definición de «crimen organizado» sino simplemente de «Grupo delictivo», al cual concibe como:

«un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material». (art. 2)

Como ha destacado ya latamente la doctrina, se trata de un concepto general, amplio, flexible. Parafraseando a Zúñiga¹¹, un concepto «con capacidad de viaje», esto es, capaz de contener normativamente diferentes realidades culturales. Sin embargo, genera problemas pues mientras más amplio, más susceptible de crear incertidumbres y confusiones.

De su tenor literal se desprende que abarca a cualquier grupo delictivo que pretenda obtener beneficios económicos a través de su actividad

⁹ VIZCARRA CASTILLO, S.– BONILLA ROJAS, D.– PRADO MANRIQUE, B. «Respuestas del Estado peruano frente al crimen organizado en el siglo XXI». Revista CS [online]. n.º 31, 2020, pp. 109-138. ISSN 2011-0324. <http://dx.doi.org/10.18046/recs.131.3710>.

¹⁰ P. ej. el concepto que da GARCÍA CAVERO, P. «El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.) – Mendoza, F. (coord). Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal, Editorial Instituto Pacífico, Perú, 2016, pp. 389-416, pp. 393 y 394.

¹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «El concepto de organización criminal de la ley n.º 30077 sobre crimen organizado y el delito de asociación ilícita del art. 317 del CP: una difícil relación», en Zúñiga Rodríguez, L. (dir.)– Mendoza, F. (coord). Ley contra el crimen organizado (Ley n.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal, Editorial Instituto Pacífico, Perú, 2016, pp. 33-78, pp. 45-46.

ilícita, omnicomprendivo de diferentes fenómenos criminales, disímiles a veces en su motivación, y que van desde el narcotráfico, pasando por el lavado de activos y hasta el terrorismo. Incluye también a otro tipo de criminalidad común, como las maras o pandillas, que son calificadas como crimen organizado en las legislaciones de Guatemala, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador¹², ya sea en forma explícita o en virtud del tipo de delitos que cometen (secuestros, homicidios, extorsiones, entre otros).

Un concepto que, como se puede observar, se centra en la estructura organizativa y en los patrones de organización, que en definitiva, puede ir desde organizaciones de tipo mafia hasta una especie de *crimen desorganizado*¹³. Esto es, desde estructuras jerárquicas verticales o piramidales, hasta organizaciones en redes horizontales.

Y a su perfeccionamiento es que organismos internacionales han dedicado sus esfuerzos. Por ejemplo, la Oficina de Naciones Unidas para la Droga y el Delito, enumera:

- «1) las jerarquías estándar, con un solo líder, jerarquías y roles definidos, estrictos regímenes disciplinarios y una fuerte lealtad hacia el líder;
- 2) las jerarquías regionales, con un liderazgo centralizado, pero autonomías locales;
- 3) los clúster, asociaciones de diversos grupos criminales;
- 4) el grupo central; y
- 5) la red criminal, definida por las actividades de ciertos actores clave que forman alianzas para fines específicos»¹⁴.

No parece haber una mayor atención a los factores criminógenos favorables a tal o cual tipo de delincuencia, sino solo a la forma en la que se estructuran sus miembros y cómo operan, lo que contribuye al fracaso de las políticas de prevención.

Uno de los ejemplos más claros es la tendencia instalada desde hace años en los organismos internacionales y en los países europeos a considerar el terrorismo como una especie de crimen organizado. El terrorismo tiene una finalidad política, la alteración del orden constitucional democrático, en cambio el crimen organizado tiene finalidad de lucro. El terrorismo «cuestiona abiertamente la autoridad del Estado, y con ello se pone «fuera» del Estado, en cambio, el crimen organizado actúa «dentro»

¹² MARTÍNEZ VENTURA, J. «Armonización de la legislación...», p. 75.

¹³ VIZCARRA CASTILLO, S. et. al «Respuestas del Estado peruano...», p. 116.

¹⁴ Ídem.

del Estado, pareciendo incluso abrazar los principios del Estado de Derecho, desde que busca, una vez conseguida su finalidad lucrativa, disimular su procedencia ilícita dándole apariencia de legalidad. El acto mismo de blanqueo, desde que pretende que los activos le pertenezcan «legalmente», implica hacer suyos los fundamentos de una democracia liberal»¹⁵. De ahí que la prevención del terrorismo se encuentre en el ámbito de la discusión política acerca de la forma en la que se asume y distribuye el Poder, y no en una mayor o menor eficacia policial tendiente a la desarticulación de sus redes.

Sin embargo, América Latina, asumiendo como cierta esta idea de terrorismo igual a crimen organizado, ya en 2002 y en el marco de la adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales a la explosión normativa antiterrorista post atentados 11 S, decidió destinar esfuerzos a atacar las bases normativas y financieras del terrorismo (en desmedro de otras soluciones políticas y/o sociales). Y así el art. 6 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo (2002), ordena a los Estados equiparar el financiamiento al terrorismo a los delitos determinantes del lavado de dinero. Posteriormente ello se vio reforzado en las 40 Recomendaciones del GAFI de 2012¹⁶, y se replicó en varias legislaciones nacionales. Guatemala tiene en su ordenamiento jurídico el delito de «trasiego de dinero» que consiste en omitir realizar la declaración jurada correspondiente al ingresar o salir del país, portando en dinero efectivo o en documentos negociables al portador una suma mayor a US\$ 10.000. Se sanciona con pena privativa de libertad de 1 a 3 años¹⁷. En Honduras existe la figura de «traslado transfronterizo de dinero»¹⁸ (multa administrativa). Y en este último país¹⁹ y en Chile²⁰, el ocultamiento o disimulación de bienes que

¹⁵ VILLEGAS DÍAZ, M. «Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno». Revista Política Criminal Vol. 11, N.º 21 (Julio 2016), Art. 6, pp. 140-172. http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A6.pdf, pp. 150-152.

¹⁶ Recomendación 5.ª «Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aún en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos»

¹⁷ Artículo 8 del Decreto N.º 58-2005.

¹⁸ Art. 16 Decreto N.º 241-2010 de 11 de diciembre. Ley sobre financiación del terrorismo.

¹⁹ Decreto No. 144-2014 de 30.04.2015, Artículo 36.

²⁰ Artículo 27 de la Ley N.º 19.913 de 18.12.2003.

provengan, entre otros, del financiamiento del terrorismo, se consideran delito de lavado de activos²¹.

2. *La desnaturalización del derecho penal a través de la asociación ilícita*

Por otra parte, el delito de asociación ilícita, delito procesal sirviente²², a decir de Donini, sirve para anticipar una serie de intervenciones procesales antes de que se produzca la prueba de la comisión de uno de los concretos delitos fines de la asociación. Así, por ejemplo, permite que se intercepten comunicaciones, el uso de agentes encubiertos y provocadores, entregas vigiladas, entre otras medidas. Los delitos de asociación sirven también para probar «otros delitos ignotos a través de autores notorios»²³, y de esta forma asegurar su control penal, siendo irrelevante que después en el juicio penal se pruebe que efectivamente hayan cometido delito²⁴.

De ahí la preocupación cuando se traspasa este concepto de crimen organizado de los instrumentos internacionales a la ley interna de los Estados, pues no solo afecta el ámbito procesal penal, sino asimismo el sustantivo penal. Hay, como advierte Callegari, una transformación en el concepto de delito, pues este ya no consiste «en la delimitación de la conducta prohibida (en atención a su lesividad o peligrosidad) con el objetivo de imponer una pena», sino que es mas bien, «la base para la adopción de medidas de investigación, cautelares, penitenciarias, entre otras»²⁵.

Con esto la norma pasa a servir a fines ajenos a ella misma, convirtiéndose en la fuente de legitimación de un espacio de lucha donde pretende ganársele a los criminales y el infractor es el «instrumento» a través del cual el ordenamiento jurídico expresa que gana su combate²⁶. Con ello se desnaturaliza el derecho penal y el principio de legalidad.

²¹ VILLEGAS DÍAZ, M. «Corrupción y criminalidad organizada. Aproximaciones al terrorismo, contraterrorismo y tráfico de armas». *Revista de Estudios de la Justicia*, (28), 2018. doi:10.5354/0718-4735.2018.50371

²² DONINI, M. «Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar», en: Cancio, M.; Pozuelo, L. (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thompson Civitas, España, 2008, pp. 29-75, p. 39.

²³ Idem.

²⁴ Idem. También VILLEGAS DÍAZ, «Contribuciones para un concepto de terrorismo...», p.153

²⁵ CALLEGARI, A.L. «Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 31, N.º 91, 2010, pp. 1-25, pp. 31-32.

²⁶ DONINI, «Derecho penal de lucha...», pp. 37, 41-42.

Así las cosas, el concepto de crimen organizado es más bien un concepto político que jurídico, que no ha contribuido a acabar con el problema, más bien ha provocado un debilitamiento al debido proceso afectando al ciudadano común, que ha debido ceder espacios de libertad en pos de la seguridad.

Baste como ejemplo los efectos nocivos de la guerra contra las drogas, develados por el Informe Alternativo Mundial sobre drogas. Según él: «la aplicación de la prohibición de las drogas a nivel global cuesta al menos \$100 mil millones de dólares al año y que, lejos de eliminar el consumo, suministro y producción de drogas, ahora existen hasta 300 millones de consumidores en todo el mundo, quienes contribuyen a un mercado global del orden de los \$330 mil millones de dólares al año»²⁷.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) debió reconocer en su momento que el sistema prohibicionista tiene varias consecuencias negativas, a saber: «la creación de un enorme mercado criminal; el desplazamiento de la producción y el tránsito de drogas hacia nuevas áreas (el efecto globo); la desviación de recursos del sector salud al de seguridad (aplicación de la ley); el desplazamiento hacia el consumo de nuevas drogas; y la estigmatización y marginalización de las personas que consumen drogas»²⁸.

En suma, se alienta –o impone– una política criminal represiva contra la droga en América Latina, mientras que los países del norte poco o nada hacen para frenar su demanda.

3. *Otras cuestiones relevantes*

La corrupción y el tráfico de armas son herramientas del crimen organizado para poder materializar sus propósitos. Así lo sugieren instrumentos internacionales como la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción²⁹, y la Convención Interamericana contra la corrupción (B-58)³⁰. Respecto del tráfico de armas, destacan el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (A/RES 55/255), que vino a complementar la Convención

²⁷ ROLLES, Steve; MURKIN, George; POWELL, Martin; KUSHLICK, Danny; SAUNTER, Nicky; SLATERROLLES, Jane. *El Informe Mundial Alternativo Sobre Drogas*, 2.^a edición, 2016.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Véase el preámbulo de la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, ratificada por Chile el 13.09.2006.

³⁰ Adoptada en Caracas el 29.03.1996, ratificada por Chile el 27.10.1998.

de Palermo; el Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA) que regula el comercio internacional de armas convencionales, desde armas pequeñas hasta vehículos y aeronaves de combate, así como buques de guerra y que entro en vigor en 2014 y la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (A-63).

A este respecto, mi impresión es que política criminal dirigida a una efectiva fiscalización de las armas y a la reducción de las mismas en manos de civiles parece más eficaz que la sola punición y restricción de garantías³¹.

Por último, las leyes de extinción de dominio en los delitos de lavado de activos, han sido una especie de corolario de todo el entramado jurídico internacional, que busca, sin explicitarlo, una especie de decomiso sin condena. La Ley Modelo de extinción de dominio de la UNODC, lo conceptualiza como una «consecuencia patrimonial» derivada de la actividad ilícita, que requiere de un procedimiento autónomo e independiente del juicio penal. Entre los países que han seguido este modelo y tienen una ley específica sobre extinción de dominio están Colombia, Guatemala, Honduras, México y Perú³².

III. LA «LUCHA» CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Como se adelantó, el entramado jurídico en torno a la criminalidad organizada está diseñado sobre la base de una política criminal en virtud de la cual los instrumentos internacionales han comprometido a los Estados en una «lucha» contra la criminalidad, transformando esta lucha en un concepto normativo.

Si realizamos el mismo ejercicio que hizo Donini en su trabajo sobre derecho penal de lucha, en orden a enumerar cuantas veces las palabras «lucha» y «combatir» aparecen en un instrumento jurídico³³ veremos que, por ejemplo, en la Convención de Palermo, la palabra «lucha» aparece 6 veces, tres en el preámbulo y tres en el articulado mismo. Mientras que la palabra «combatir», aparece 41 veces. En la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, la palabra «lucha» aparece 13 veces, cinco en

³¹ Ampliamente VILLEGAS DÍAZ, M. «Corrupción y criminalidad organizada...», pp. 68 y ss.

³² CAVADA HERRERA, J.P. «Extinción de dominio de bienes de origen ilícito. Legislación nacional y extranjera». Biblioteca del Congreso Nacional, Chile.

³³ En su caso fue en el proyecto de Constitución europea. DONINI, M. «Derecho penal de lucha», pp. 34-35.

el preámbulo y ocho en el articulado. La palabra «combatir», aparece 26 veces, veinte en el articulado.

Esto implica que el sistema penal dirigido a enfrentar el crimen organizado es visto como un arma para golpear enemigos³⁴, y que la «lucha» contra la criminalidad organizada es un verdadero concepto normativo, que permea las legislaciones y condiciona al juzgador.

Volvamos a la Convención de Palermo. Ya en su artículo 1 indica que una de las finalidades de la Convención es «combatir» el blanqueo de capitales. Más adelante, el art. 7 se titula «Medidas para combatir el blanqueo de dinero», y en el art. 20, al establecer las técnicas especiales de investigación, según esta disposición, ellas tienen por objeto, «combatir eficazmente la delincuencia organizada».

Al haber pasado a formar parte del articulado de las convenciones, estas finalidades de lucha producen el efecto de cambiar la interpretación de las reglas y aplicación del derecho, y lesiona gravemente la tercería e imparcialidad del juez. Como ha dicho Donini «un juez que “lucha contra” ya no es un tercero imparcial en la dialéctica “acusación-defensa», a pesar de que es posible psicológica y lógicamente mantener una posición neutral entre el que “lucha contra” (Ministerio Público– policías) y el que representa al criminal (defensa)³⁵.

Pero además, desnaturaliza la esencia de las normas penales, pues el destinatario del derecho penal de lucha no es tanto el infractor como los órganos públicos llamados a aplicar las normas (policías, jueces, ministerio público). El infractor, como se indicó, es la herramienta a través de la cual el Estado muestra que ganó al crimen, y eso implica una mediatización del ser humano en pos de fines que le pertenecen al Estado, atentando contra el principio de dignidad humana.

IV. REFLEXIÓN FINAL: ¿QUÉ HACER?

Siguiendo las ideas planteadas por Zaffaroni y Dias Dos Santos en su trabajo «*La Nueva Crítica Criminológica. Criminología en tiempos del totalitarismo financiero*» (Ecuador, 2019), me parece que lo sensato es superar el concepto político funcional de crimen organizado, y exigir un nuevo marco teórico al derecho penal y a la criminología diferente del enfoque «nortecentrista», y que se concentre en indagar el rol que le cabe al sistema

³⁴ DONINI, M. «Derecho penal de lucha», p. 30.

³⁵ DONINI, M. «Derecho penal de lucha», pp. 67-68.

financiero internacional en la producción de la criminalidad³⁶. Esto toda vez que el control punitivo actual «responde a un marco de poder planetario diferente al que generó las críticas criminológicas –tanto moderadas como radicales– de la segunda mitad del siglo pasado»³⁷.

Este marco de poder planetario se caracteriza por una «acelerada concentración de la riqueza que crea una plutocracia mundial, un gobierno de ricos que concentran más riqueza, validos de la libre actuación de las corporaciones transnacionales (masas de dinero), que desconoce la condición de personas y su correspondiente dignidad a las personas reales, tanto humanas como no humanas (naturaleza)»³⁸.

El crimen organizado, especialmente en América Latina, va mucho más allá del funcionario público, del político o del policía corruptos. Va más allá del gran narco, del sicario y de la mara misma. El problema de la criminalidad organizada dice relación con los grandes capitales, con las transnacionales, con la forma en la que se distribuye la riqueza, en definitiva, con ese totalitarismo financiero que quiere– como expresan Zaffaroni y Dias Dos Santos, condenar a América Latina a un subdesarrollo perpetuo, privilegiando a pequeños grupos y transformándolos en élites dominante, sometiendo al resto de la población para «que los pueblos pierdan definitivamente su condición de soberanos en nuestros Estados, que nuestras sociedades se vuelvan abiertamente excluyentes y padezcan continuas situaciones de conflicto y violencia»³⁹.

El caso Odebrecht⁴⁰ es una muestra de cómo el crimen organizado está intrínsecamente relacionado con ese totalitarismo financiero que usurpa recursos públicos y favorece la industria extractivista destruyendo recursos naturales. Con ese que somete a poblaciones y países a planes económicos de endeudamiento perennes, se entromete en las políticas internas, arrasa con los derechos sociales y empobrece a los habitantes de Latinoamérica.

³⁶ ZAFFARONI, R.-DIAS DOS SANTOS, I. *La Nueva Crítica Criminológica. Criminología en tiempos del totalitarismo financiero*, Editorial El Siglo, Quito, Ecuador, 2019.

³⁷ ZAFFARONI-DIAS DOS SANTOS. *La Nueva Crítica Criminológica*, p. 54.

³⁸ Ídem.

³⁹ ZAFFARONI-DIAS DOS SANTOS. *La Nueva Crítica Criminológica*, p. 76.

⁴⁰ Referencias a este caso en BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE, Ignacio. «El soborno internacional: Normas, obstáculos y propuestas», *Rev. Derecho & Sociedad*, Num. 52, 2019, pp. 165-181, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21219>. También sobre el caso Odebrecht y otros véase GUDYNAS, E. «Extractivismos y corrupción en América del Sur Estructuras, dinámicas y tendencias en una íntima relación», *Rev. IISE. Revista de Ciencias Sociales y Humanas* Vol. 10 N.º 10, 2017, Pág. 73-87.

Pero Odebrecht no ha sido la única ni tampoco la más reciente forma de las transnacionales de incidir en la política interna de los Estados. Como nos recuerda Ignacio Berdugo, hay otros casos, mucho más antiguos, entre ellos, la intervención del Presidente Salvador Allende ante la Asamblea de Naciones Unidas denunciando la incidencia de la ITT en la situación política chilena, empresas varias que financiaron la operación Bandeirante, durante la dictadura militar brasileña, y la política de sobornos de la empresa Lockheed en Japón y otros países⁴¹.

Luego, la discusión acerca del crimen organizado no puede soslayar donde reside el poder político, actualmente en manos de las grandes corporaciones, que son quienes toman las decisiones, y a las cuales los gobernantes de los distintos países deben adecuarse. Tampoco puede soslayar la revolución tecnológica, pues la imagen mítica del narcotraficante que guarda en un barretín billones en efectivo ha desaparecido en la era digital. Hoy el intercambio comercial se ejecuta sobre la base de acciones y transacciones virtuales, involucra maniobras digitales que en cuestión de días podrían conducir a la quiebra a un Estado completo.

En definitiva, para afrontar el problema de la criminalidad organizada, «antes de proponer posibles remedios, hay que abordar las posibles causas»⁴², lo que en América Latina supone atreverse a indagar y cuestionar donde reside el verdadero poder de esta forma de criminalidad. Solo así será posible diseñar políticas preventivas y una reacción penal ex post en un marco de respeto a los derechos humanos.

⁴¹ BERDUGO GÓMEZ DELA TORRE, I. «El soborno internacional...», p. 166.

⁴² BERDUGO GÓMEZ DELA TORRE, I. «El soborno internacional...», p. 166.

Derechos Humanos y Derecho Penal en la obra de Ignacio Berdugo

Juan M. Terradillos Basoco
Profesor Emérito
Universidad de Cádiz



I. PLANTEAMIENTO

LOS DISCÍPULOS DE IGNACIO BERDUGO han decidido orientar el libro homenaje que le dedican al estudio, como tema central, de la relación «Derechos humanos-Derecho penal». La decisión es atinada. Porque este tema, en general, identifica el punto de mira idóneo desde el que analizar el posicionamiento matriz y los desarrollos del currículum de todo penalista académico. Y porque, en particular, expresa sintéticamente el denominador común a la obra del profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. El compromiso personal, reafirmado en su lección inaugural del curso académico 2018-2019¹, es nítido: «*La aspiración a alcanzar la vigencia real de los Derechos del hombre, internacional y constitucionalmente consagrados, constituye una idea básica, objetivo y límite, que tenemos que intentar transmitir a quienes están en nuestras aulas y no solo a ellos, también al conjunto de nuestra sociedad. Esta es nuestra responsabilidad*».

Un artículo publicado en 1987 en los *Estudios Penales y Criminológicos*² y rico en declaraciones programáticas adelanta las líneas generales

¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca: «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»*, Universidad de Salamanca, 2018. Las frases que, en el texto, aparecen entrecomilladas y en cursiva son citas literales tomadas de las obras referenciadas de Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Derechos humanos y Derecho penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 1987, pp. 28-60.

sobre la tensión «Derechos humanos-Derecho penal» que el autor desarrollaría explícitamente, o reflejaría implícitamente, en el extenso catálogo de sus publicaciones.

En el inicio del discurso argumentativo se sitúa la propuesta –tomada de Schultz, y entonces tan multicitada como hoy olvidada– de considerar la pena como «amarga necesidad». Lo que comporta establecer las bases de un modelo político criminal preventivo, que, además, encuentra en la necesidad de prevención criterios materiales limitadores del *ius puniendi*. Son las bases que garantizan, *ad intra*, un sistema penal doblemente democrático: por estar asentado en la controversia –libre, plural, igualitaria y dialéctica– entre argumentos y contraargumentos empíricamente avalados para establecer hasta qué punto es admisible, por preventivamente imprescindible, la aflicción punitiva; y por estar construido sobre la vigencia de los derechos humanos afectados: «*La garantía de los derechos humanos en todas las fases por la que transcurre el sistema penal, constituye, sin duda, un criterio político-criminal básico*».

Pero el compromiso democrático del sistema penal se proyecta, también, *ad extra*. El modelo político-criminal diseñado por la Constitución de 1978, y especialmente por sus artículos 10.1 y 9.2, obliga a los poderes del Estado a implementar políticas proactivas –«*incluida la potencial utilización de la ley penal*»– para «*dotar a los derechos fundamentales de efectiva vigencia en nuestra realidad cotidiana*», realidad caracterizada, según advierten los citados preceptos, por la desigualdad material de individuos y grupos.

Transcurridas dos décadas desde aquel artículo de 1987, y ya bien rodado el modelo constitucional de tutela de los derechos humanos, Ignacio Berdugo, esta vez en coautoría con Ana Pérez Cepeda, insiste en sus propuestas personalistas, humanistas y críticas³, que reflejan «*unos determinados presupuestos ideológicos, y en coherencia con ellos, una concepción sobre qué es y para qué sirve el Derecho penal, por cierto, la misma que hace veinte años*».

Es la fidelidad a los principios la que permite afrontar con coherencia las celadas que la «sociedad del riesgo» tiende a la política criminal contemporánea, azuzada hacia la expansión punitivista por «*lo que se ha dado en llamar «el populismo antigarantista en donde cualquier derecho fundamental queda reducido a un mínimo, en pos de la eficiencia del poder represivo*»; pero también lastrada, en sentido contrario, hasta la inhibición

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./PÉREZ CEPEDA, A. I., «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», *Revista Penal. México*, 1, 2011, pp. 39-63.

cómplice, que caracteriza a todo el proceso globalizador y que, en el plano penal, se manifiesta en la desregulación programada de determinadas zonas de conflicto social-económico, en las que se han impuesto los intereses de las grandes corporaciones transnacionales y de los conglomerados financieros.

II. DERECHOS HUMANOS: PROYECCIÓN TRANSVERSAL SOBRE EL SISTEMA PENAL

La inicial «*opción política*» del profesor Berdugo ha de proyectarse sobre «*todas las fases del sistema penal*», desde la criminalización primaria a la ejecución de la pena, pasando por la interpretación de la norma. Vincula, pues, en sus respectivos ámbitos, por una parte, al poder legislativo, al judicial y al ejecutivo; por la otra, a la elaboración doctrinal académica. Ni aquellos ni esta pueden subvertir la jerarquía normativa y «*decidir el contenido del texto fundamental desde el Código Penal... [sino] interpretar el Código Penal desde la Constitución*».

Por tanto, tampoco pueden prescindir de la vocación preventiva e igualitaria del Derecho penal en la elaboración «*de la lista concreta de bienes jurídicos protegibles..., de la solución a los conflictos sociales que subyacen tras las denominadas causas de justificación...* –tema estudiado, en otro trabajo, a propósito de la libertad de expresión– *del contenido de la culpabilidad o las consecuencias del error de prohibición*».

1. *Derechos económicos, sociales y culturales*

La vigencia de los principios penales de legalidad, culpabilidad y lesividad es condición necesaria, pero no garantía suficiente, de la vinculación funcional, exigida por la Constitución, del sistema penal con los derechos fundamentales. Es más, el Derecho punitivo «*como han puesto de relieve las corrientes críticas de la criminología, actúa como generador de desigualdad*», por lo que su adecuación al Estado Social y Democrático de Derecho requiere que la ley penal evite ese efecto y «*contribuya a que la igualdad real de los miembros de la comunidad pueda llegar a ser alcanzada*».

Este ha de ser el punto de partida en la definición, con contenidos democráticos, del principio de *ultima ratio*, que no debe abocar a la descriminalización selectiva, y materialmente discriminatoria, de «*los comportamientos normalmente realizados por las clases sociales más poderosas*». Por el contrario, el necesario recorte general de los ámbitos de intervención

penal no puede redundar en indefensión de los derechos económicos, sociales y culturales de titularidad colectiva, que son negados, precisamente, por la criminalidad organizada económica transnacional, marco natural de actuación de los sujetos más poderosos.

Pero la política criminal democrática no se conforma con activar, en tutela de esos derechos, el mecanismo «acción delictiva/reacción punitiva». Sale a buscarlos para garantizar su vigencia efectiva. Puesto que la igualdad material –condición tendencialmente necesaria para el ejercicio de los derechos humanos de segunda y tercera generación– no está implantada en nuestras sociedades desiguales, la Constitución «*está imponiendo a los poderes públicos la obligación de adoptar decisiones políticas –incluidas la potencial utilización de la legislación penal– encaminadas a buscar esta vigencia*».

2. Delitos

La perspectiva garantista impuesta por la Constitución debe impregnar también la lectura de los tipos de la Parte Especial.

Es la línea que sigue Berdugo en su clásico –aunque reactualizado en varias ocasiones– estudio sobre las lesiones, publicado en 1982, cuando ya circulaban «pre-proyectos» de lo que terminaría siendo el nuevo Código Penal de 1995⁴. Así, propone entender que el bien jurídico protegido ha de integrar, con carácter esencial, la libertad de disposición sobre «*el cuerpo humano y su normal funcionamiento*», superando anteriores interpretaciones limitadas al plano somático. Lo que no solo amplía el alcance del derecho a la salud penalmente protegido; también vincula la regulación de los requisitos y efectos del consentimiento «*a criterios político-criminales referidos a la importancia, frecuencia e implicaciones sociales del acto de disposición*».

En el conflicto entre derecho al honor y ejercicio de la libertad de expresión e información, es obligado subvertir el tradicional orden jerárquico, que alzaprímaba los derechos de la personalidad, para poner en primer plano «*el valor preferente del derecho a la información*», en coherencia con «*el carácter democrático y pluralista del Estado*», tal como de la mano del Tribunal Constitucional mantiene Berdugo en su trabajo sobre libertad de expresión publicado en el Anuario de Derecho Penal en 1991⁵.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982.

⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal»,

La preponderancia no responde a criterios arbitrarios, antes bien «*es consecuencia de la interpretación del contenido de las libertades desde la totalidad del modelo constitucional e igualmente este debe ser el criterio para establecer el alcance de las normas de conflicto*». No se subestiman por ello los derechos individuales, que volverán al primer plano cuando no concurran «*en el caso concreto, las características que llevan a asignar la mencionada dimensión institucional a la libertad de expresión*».

El estudio de los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales se aborda también desde la perspectiva de los derechos humanos de todos, lo que conduce a subrayar la necesidad de su criminalización y persecución eficiente, en la línea impulsada desde las instituciones y convenios internacionales, pues «*no debe olvidarse que los efectos de la gran corrupción son el paradigma de la desigualdad, afectando a los sectores más desfavorecidos de la sociedad*». Pero lo cierto, lamenta Berdugo, es «*la poca o nula aplicación de esta figura delictiva en España y otros países*», lo que frustra el objetivo del legislador, presentado como tutela de bienes jurídicos colectivos condicionantes de la vigencia de derechos de los más vulnerables.

3. *En particular, terrorismo*

El terrorismo ha sido objeto de numerosos estudios del profesor Berdugo, que siempre ha reivindicado –incluso antes de la aprobación de la Constitución de 1978 y mientras se debatía el proyecto de *Ley 82/1978, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo*⁶– que la respuesta punitiva garantizase un respeto incondicionado a los derechos humanos fundamentales.

Ello sin, naturalmente, dejar de lado que «*el terrorismo es, políticamente, antidemocrático y, a nivel jurídico y ético, inadmisibile... [que] procede mediante el ataque indiscriminado a bienes esenciales que configuran el concepto mismo del Estado de derecho. Utiliza a sus víctimas como instrumentos. Y su único argumento es la brutal razón de la fuerza*». De ahí que «*no puede ser cuestionada*» la legitimidad de una reacción estatal contundente, pero «*sujeta a las exigencias derivadas del concepto de Estado democrático de derecho, para no convertirse en un auténtico terrorismo de Estado*».

Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 44-2. 1991, pp. 339-362.

⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Terrorismo y Derecho Penal»: *Informaciones. Suplemento Político*, 11.11.1978, pp. 1 y 12.

De hecho, la coherencia democrática del sistema penal, que es coherencia con la efectividad de los derechos fundamentales, se resiente cuando afronta la criminalidad terrorista, tarea en la que España, al igual que en otros países, ha implementado estrategias *«presididas por la idea general de agravación y orientadas prioritariamente hacia la víctima»*. *«Esta política-criminal es –advierte taxativamente Ignacio Berdugo en su ya citado ensayo de 1987 (ver nota 2)– equivocada»*.

«El terrorismo –añade– es ante todo un problema político. Esto es. la finalidad política aparece como elemento esencial en cualquier tentativa de definición». Por tanto, cada manifestación terrorista debe ser analizada en su concreto marco espacial, cronológico, cultural, jurídico y político. En el caso de los Estados europeos, ese marco se corresponde con los modelos democráticos constitucionales, caracterizados, al menos en el plano normativo, por la existencia de cauces idóneos para canalizar la participación política de todas las opciones y para viabilizar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales de todos.

Cuando el terrorismo, que disputa espacios esenciales de poder a las instituciones democráticas, consigue que estas olviden el pacto constitucional y opten por estrategias antiterroristas excepcionales o especiales a espaldas del sistema constitucional de garantías, logra su primera victoria: enerva el andamiaje democrático y cuestiona la legitimidad de la reacción punitiva.

Este efecto negativo solo puede evitarse desde la coherencia: *«La vía, en primer término, si el problema es político debe por ello ser política»*. Y cuando la discrepancia política deviene violencia criminal, la respuesta penal ha de ser igualmente coherente con su vocación –y fuente de legitimidad– preventiva, eludiendo las disfunciones antigarantistas detectadas en el ordenamiento español, tanto en el plano penal sustantivo como en el procesal. Se trata, en definitiva, de reconocer que *«las exigencias preventivo-generales frente al terrorismo existen y no son superiores a las determinadas por la importancia de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Una agravación adicional, explicada desde los intereses de la víctima, no es aconsejable desde la prevención general por ser innecesaria y acarrear efectos negativos»*.

Esta propuesta, en definitiva, lleva a plantear que la respuesta normativa diferenciada, en su caso, debe quedar confinada al ámbito judicial, policial o de inteligencia. Porque es ahí donde las características propias de hechos y sujetos a investigar y juzgar pueden aconsejar, por razones de idoneidad técnica, respuestas institucionales también específicas. Lo que, no obstante, nunca ha de suponer detrimento constitucionalmente injustificado de derechos y garantías. Al poder judicial, *«sin trabas ni privilegios»*,

competente, junto al control parlamentario, asegurar que las investigaciones en la materia se desarrollen «dentro del ámbito de la Constitución».

Pero lo específico/excepcional –«la agravación adicional»– no debe llegar al espacio estrictamente penal de tipificación de conductas ni al de determinación del *quale* y el *quantum* de la pena, que, como es regla general, ha de adecuarse a las necesidades preventivas valoradas desde la lesividad, ingente en estos casos, de las conductas.

Los ataques terroristas a las Torres Gemelas y a otras instalaciones oficiales USA en septiembre de 2001 rompieron la «ilusión de seguridad e invulnerabilidad del llamado primer mundo» y visibilizaron un nuevo terrorismo, caracterizado por su capacidad operativa, tanta que encarnó en organizaciones paraestatales como Isis o Boko-Harum; por su peligrosidad –representada inicialmente por las tres mil personas muertas y las veinticinco mil heridas en Nueva York, pero reverdecida periódicamente por las *razzias* contra miles de niños en Nigeria o por los enfrentamientos armados cronificados en Afganistán; por su dimensión internacional, hasta el punto de constituirse en paradigma de criminalidad globalizada; y por su resiliencia, basada en la red omnipresente de apoyos internacionales –«el eje del mal»–, tanto como en el fanatismo propio del integrista religioso.

La respuesta penal frente a este nuevo terrorismo fue, a partir de la primera versión de la *Patriot Act*, también nueva. Internacionalmente, y así lo analiza Berdugo en un artículo de actualización de sus propuestas en la materia⁷, se normalizó el argumentario legitimador de las denominadas «guerras preventivas», que suponen abordar la cuestión terrorista con parámetros bélicos. Y, paralelamente, en el ámbito interno de cada Estado «se van a adoptar, con la coartada de la seguridad, medidas, no sólo penales, que, con carácter general, limitan derechos y garantías».

La restricción acentuada de derechos no es nueva en la política criminal anti-terrorista. Su fundamento legitimador siempre fue la caracterización del terrorismo como criminalidad dirigida a la suplantación de las instituciones democráticas esenciales, por lo que relativizar, o incluso suprimir, en la fórmula tipificadora del terrorismo este elemento teleológico produce «un efecto perturbador», que se desglosa en «ampliar las conductas penalmente relevantes, agravar alguno de estos delitos y adelantar, en otros casos, la intervención punitiva a actos meramente preparatorios».

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global», en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., y otros (edit.), *Liber amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1314-1329.

Al logro de esa finalidad política se orienta la provocación de «terror generalizado», fruto, a su vez, de delitos graves –«pues solo un delito de gran entidad es objetivamente adecuado para generar terror»– cuya comisión se encomienda a una «estructura organizativa dotada de estabilidad». Estos elementos –teleológico, objetivo y estructural– tradicionalmente definidores han de concurrir en la conformación del presupuesto fáctico de la reacción penal. Prescindir de alguno de ellos –como hace la Directiva UE 2017/541– «se traduce en limitaciones de derechos, en agravaciones y en tipificaciones que, en más de un caso, son político criminalmente y, en algunos casos, también constitucionalmente, cuestionables».

Solamente la concurrencia y ponderación desde las necesidades preventivas de los elementos que se han venido entendiendo integrantes del concepto, nunca definitiva y pacíficamente positivizado, de terrorismo, pueden justificar el incremento, en esta área, de la contundencia específica de la reacción penal. Por el contrario, carece de consistencia el argumentario que apela al miedo colectivo, nacido de la violencia terrorista pero magnificado y actualizado por los medios sensacionalistas, por las desinformadas redes sociales y por políticos desvergonzados, y dirigido a cuestionar el sentido del Derecho penal, «al desformalizarlo y despojarlo de garantías y principios que, se dice, dificultan el castigo de ese tipo de criminalidad».

La apelación a las necesidades preventivas no justifica el recurso a normas de exacerbado punitivismo que, «en realidad a veces no pasan de constituir la exteriorización de una utilización simbólica del Derecho penal y a constituir una paradigmática manifestación del rechazable «derecho penal del enemigo. En síntesis, el terrorismo, tanto el nacional como el internacional, no constituye un cheque en blanco para la legítima reacción del Estado, pues los excesos en la respuesta pueden llevar a una pérdida de legitimación y a generar el efecto contrario, a la finalidad preventiva teóricamente buscada».

4. Consecuencias jurídicas del delito

Todo el modelo político-criminal propuesto por Berdugo está construido sobre un Derecho penal preventivo, que encuentra en la prevención el fundamento legitimante y los criterios limitadores–el primero de ellos, el de necesidad– de su intervención. La configuración y aplicación del sistema sancionatorio debe, pues, ser coherente con esa vocación de garantizar frente a los ataques delictivos «la vigencia real de los derechos fundamentales».

En desarrollo de estas premisas, procede un sustancial recorte de la aplicación de las penas de prisión, «*de carácter marginador*», especialmente, de las de corta duración.

Como procede una relectura del objetivo resocializador, presente desde el programa de Marburgo pero cuestionado por los «*posicionamientos ideológicos superadores del Estado social de Derecho*», y que, en nuestro sistema, debe ser entendido como «*un derecho a la resocialización, recogido en el art. 25.2 de la Constitución, y que como tal no puede imponerse y cuyo contenido, por otra parte, aparece siempre limitado por el respeto a la dignidad del interno*».

Se trata de un derecho fundamental difícilmente conciliable con la prisión permanente revisable, que, introducida en nuestro Código Penal por la LO 1/2015, responde a una opción político-criminal «*hecha con una finalidad puramente simbólica, buscando una legitimación en la opinión pública*».

La valoración negativa de esta recuperación –revisable– de la cadena perpetua por la que ha optado el legislador español se afianza en su incompatibilidad con la finalidad preventiva que caracteriza al modelo penal democrático propuesto por Berdugo. A lo que se añaden otros argumentos críticos: los requisitos de la suspensión de la ejecución someten a la revisabilidad a «*algo más que una duda razonable*»; la revisión será, así, no solo «*muy improbable y no objetiva, sino aleatoria*»; una pena de duración inicialmente indefinida solo con dificultades puede «*pasar el filtro constitucional de la exclusión de las penas que por su contenido sean inhumanas o degradantes*», etc.

La acumulación de objeciones lleva a una conclusión paladina: «*Con contundencia hay que afirmar que la prisión permanente revisable es una pena contraria a la Constitución y que, por mucho que se esfuerce el legislador, ni los argumentos de Derecho comparado, ni la afirmación de la posible revisión salvan que su contenido pueda ser considerado una pena inhumana o degradante, que además excluya la finalidad de reinserción social, la única que por imperativo constitucional está obligada a posibilitar*».

III. DERECHOS HUMANOS Y VIDA ACADÉMICA

1. Universidad de Salamanca

La carrera docente de Ignacio Berdugo ha ido ligada, en los últimos treinta y cinco años a la Universidad de Salamanca, como catedrático y, a lo largo de casi diez, como rector. Ambas militancias han dejado en sus

estudios penales sobre derechos humanos una huella tan fácilmente rastreable como expresamente reivindicada.

En efecto, en la obra de Berdugo son constantes las apelaciones a lo mejor de la historia jurídico-penal de la Universidad salmantina, desde Alfonso de Castro hasta Antón Oneca⁸.

Del primero –que estudió y explicó en Salamanca y puede ser considerado si no fundador de la ciencia del Derecho penal, sí introductor de «*líneas de razonamiento trasladables al momento actual*»– destaca Berdugo su conceptualización de las leyes meramente penales, que reflejan la ruptura de la identidad, reclamada –entonces *avant la lettre*– por el integrista religioso de todos los tiempos entre lo moral y lo jurídico, y, en el orden penal, entre pecado y delito. Esa ruptura «*supone también un quiebre en el funcionamiento divino del origen del poder*», con lo que Alfonso de Castro –que, sin embargo, no puede ser un modelo de defensor global de las garantías penales, especialmente en relación con los herejes– pone una de las primeras condiciones en que enraizar el discurso democratizador sobre los límites del *ius puniendi*: la superación de la confusión «Derecho-moral», confusión desatinada «*que ha sido y es* –como advierte Berdugo en su aportación a un manual de Derecho penal de autoría múltiple⁹– *el dogma de los sistemas autoritarios, y los viejos y renovados fundamentalismos de hoy nos recuerdan lo que fue nuestro tiempo pasado*»

Francisco de Vitoria, coetáneo y también profesor en Salamanca, fijó las bases del derecho internacional moderno, de inequívoca vocación igualitaria y emancipadora, quizá como fruto de su identificación con una Universidad que, a pesar de su vinculación con el poder real –«*La Universidad por los Reyes, los Reyes por la Universidad*»–, siempre «*mantuvo la autonomía de su pensamiento*».

Herederos de esa autonomía ideológica fueron Muñoz Torrero, Nuñez Sesé y Salas Cortés. El primero reivindica –lo que es decisivo desde la perspectiva que aquí interesa– la vigencia de los principios de legalidad y necesidad de pena: solo la ley, como expresión de la soberanía nacional «*puede establecer los delitos y las penas, a las que solo se puede recurrir en cuanto sean necesarias para el mantenimiento de una sociedad asentada sobre el hombre y sus derechos*».

Ramón Salas, diputado en las Cortes de Cádiz, y profesor y rector en Salamanca, es, junto a Toribio Nuñez, «*la persona clave que da entrada*

⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La Universidad de Salamanca y el estudio del Derecho Penal», *Arbor. Ciencia, pensamiento y cultura*, 683-684, 2002, pp. 513-520.

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Lección 1. El Derecho penal», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y otros, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Experiencia, 2016, pp. 1-21.

a las nuevas corrientes del pensamiento liberal» representado, en nuestra materia, por Beccaria, Montesquieu o Bentham, que formularon los principios del modelo penal garante de los derechos humanos del acusado o condenado, especialmente frente al omnímodo poder ejecutivo. Salas, víctima del totalitarismo absolutista, fue «denunciado en 1796 por un compañero de facultad», y terminaría condenado, desposeído de su cátedra y desterrado.

Solo a finales del XIX volvería la universidad salmantina a acoger la palabra crítica, autónoma y, en ese sentido, democratizadora, aunque no mayoritaria en los claustros de profesores, de «dos figuras claves de la intelectualidad de la época: Miguel de Unamuno y Dorado Montero».

El rector e intelectual Unamuno¹⁰ asumió, con protagonismo reconocido, «la función moral. que le competía desempeñar como función implícita a su cargo», y a esa tarea dedicó no solo el ejercicio de su autoridad académica, sino también lo más granado de sus escritos, porque «escribir para Unamuno..., es comprometerse». Su proclama «Venceréis, pero no convenceréis» ha sido objeto de múltiples lecturas, como lo fue la polémica figura de su autor, pero ninguna de ellas puede negar su condición de grito reivindicador de la razón política frente a la fuerza bruta.

Dorado Montero es figura genuinamente salmantina y penalista, que se significó «repetidas veces contra los representantes del integrismo local», en un contexto, como fue el de la Restauración, caracterizado por la «presión de la Iglesia Católica para tratar de evitar el tardío proceso de laicización de la sociedad española», presión especialmente intensa en la Universidad «en razón de su propia función»¹¹.

El modelo correccionalista que propone, heredero del positivismo criminológico de Lucchini y del krausismo de Giner de los Ríos, cristaliza en un Derecho protector de los criminales que, desde una mirada actual estática, no puede ser considerado –por utópico, intervencionista y paternalista– modelo garante de la vigencia de los derechos humanos del delincuente, pero que, situado en su contexto, supuso un avance considerable no solo en la reivindicación de esos derechos, sino, y sobre todo, en la consolidación de una metodología de análisis del delito, del delincuente y de la reacción institucional frente a ambos, liberada de las cadenas científicamente inhabilitantes impuestas por la primacía, imperante en la Universidad española, de los modelos político-criminales religiosos. Con

¹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Unamuno y la Universidad: rector e intelectual», en FLÓREZ MIGUEL, C., (coord.), *Tu mano es mi destino: Congreso internacional Miguel de Unamuno*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2000, pp. 21-30.

¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./HERNÁNDEZ MONTES, B., *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero*, Diputación de Salamanca, 1984.

ello traslada al sistema penal la relación «médico/paciente» en sustitución de la clásica «juez-delincuente» y propone acabar con la ciega justicia de togas negras en favor de otra de batas blancas, que no tuvo plasmación legal pero que llevó el debate sobre la cuestión criminal al terreno científico, en el que confluyen no dogmas metafísicos intocables –como los que esgrimiera el Padre Cámara en su enfrentamiento con el penalista– sino los hechos experimentados y los argumentos y contra-argumentos elaborados con esa base, lo que es condición primera de un sistema penal realmente garantista, al que, sin embargo, no podía llegar plenamente Dorado Montero *«pues las garantías vinculadas al estado liberal de derecho se tornan irrenunciables, como dramáticamente pone de manifiesto la historia de nuestros pueblos»*.

Tras la muerte de Dorado Montero asume su cátedra salmantina Antón Oneca, del que *«gran parte de la doctrina española, en mayor o menor medida, somos discípulos»*. *«Finalizada la guerra es depurado, pierde la cátedra, –que recuperaría en los años sesenta– sufre trabajos forzados y empieza a vivir lo que se ha llamado el exilio interior»*. Su obra, además de su altura científica, aporta el acercamiento a la historia del Derecho penal español codificado, desde la perspectiva crítica del jurista republicano represaliado por el régimen que positivizó un modelo penal y procesal cimentado, según reivindicaba uno de sus más relevantes corifeos académicos, en el desprecio de la mitología constitucional.

2. *Proyección latinoamericana*

El Derecho penal que se enseña en Salamanca, se proyecta sobre toda Latinoamérica. Por razones históricas que explican una relación transatlántica privilegiada, pero también por el empeño personal de profesores y autoridades conscientes de que la tarea de difundir conocimiento no puede renunciar, en la Universidad, a la universalidad. Es el caso de Ignacio Berdugo, que se confiesa honrado por *«ser miembro de la comunidad académica de la primera Universidad iberoamericana»* y que, *«por convencimiento y por... biografía»*, hace suyo *«un signo de identidad de esta Universidad, su proyección hacia América»*,

Si, como se decía al inicio de este artículo-homenaje, la preocupación por los derechos humanos desde el Derecho penal integra el *«posicionamiento matriz»* del profesor Berdugo, resulta obvio que habría de proyectar esa preocupación a un ámbito en el que aquellos derechos están sometidos a continuados ataques.

De ahí su reivindicación –formulada a propósito de la dictadura brasileña¹², en términos extensibles a la práctica totalidad de Latinoamérica– de «*juzgar y exigir responsabilidad penal a aquellos que con su comportamiento lesionaron gravemente derechos fundamentales*», en coherencia con un «*principio básico de la justicia transicional*».

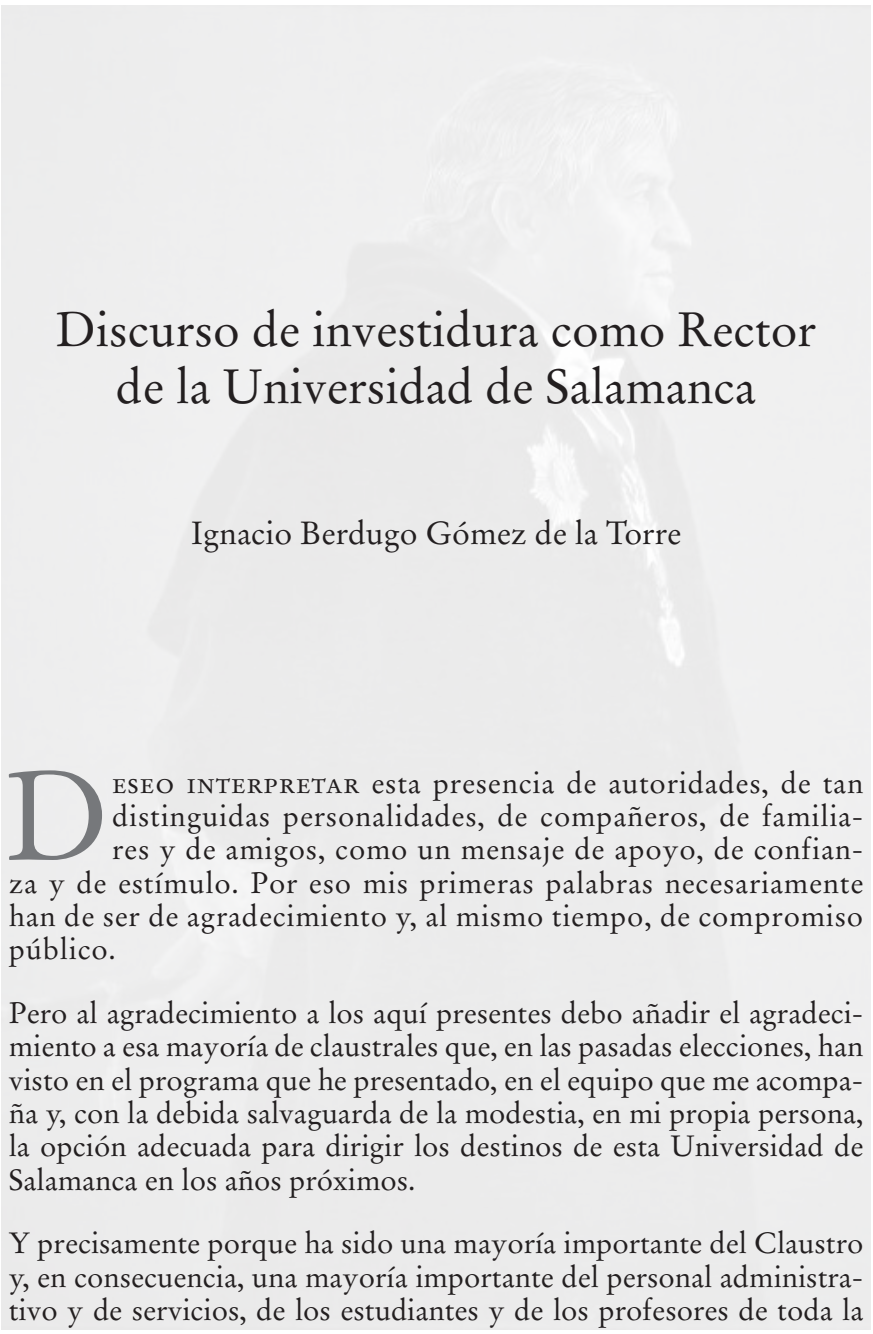
La intervención penal requiere la previa «*positivización de los Derechos Humanos, directamente unida a la internacionalización, y el desarrollo experimentado por el Derecho Penal Internacional*», que obliga a los Estados a tipificar, investigar y castigar los ataques más graves a los derechos fundamentales, implementando para ello el necesario procedimiento jurisdiccional y reforzando la cooperación internacional.

No es la situación –sostiene Berdugo– de alguna de las endebles democracias centro y sudamericanas, que frente a conductas criminales realizadas durante la dictadura militar por servidores del Estado, se niega a asumir, o lo hace muy tímidamente, que «*consolidar definitivamente un Estado que se dice democrático y que hace bandera de los Derechos Humanos, pasa por conocer y reconocer la historia, aunque nos avergüence su contenido, y por satisfacer las exigencias de justicia que de ella se derivan*».

IV. EPÍLOGO

Si el epílogo es, en el DLE, la «*última parte de una obra, en la que se refieren... reflexiones relacionadas con su tema central*», quizá no convenga a estas palabras finales la rúbrica de «epílogo», por cuanto, en realidad, encierran no la adenda sino el núcleo –el «tema central»– de mi personal aportación a este volumen colectivo, que no es sino la manifestación de reconocimiento a una trayectoria personal y académica caracterizadas por la entrega franca y entusiasta –como en el rugby– al trabajo, a la amistad y a la coherencia. Aportación, en definitiva, que quiere ser, *sic et simpliciter*, como apostillaría nuestro maestro, un homenaje.

¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La Fiscalía y la justicia transicional en Brasil (algo más que la recensión de un Informe)», *Revista de Estudios Brasileños*, 4-8, 2017, pp. 62-78.

A faded, grayscale portrait of Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, a man with long, wavy hair, wearing a dark academic or official robe with a white sash and a large, ornate medal or brooch on his chest. He is shown in profile, facing right.

Discurso de investidura como Rector de la Universidad de Salamanca

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

DESEO INTERPRETAR esta presencia de autoridades, de tan distinguidas personalidades, de compañeros, de familiares y de amigos, como un mensaje de apoyo, de confianza y de estímulo. Por eso mis primeras palabras necesariamente han de ser de agradecimiento y, al mismo tiempo, de compromiso público.

Pero al agradecimiento a los aquí presentes debo añadir el agradecimiento a esa mayoría de claustrales que, en las pasadas elecciones, han visto en el programa que he presentado, en el equipo que me acompaña y, con la debida salvaguarda de la modestia, en mi propia persona, la opción adecuada para dirigir los destinos de esta Universidad de Salamanca en los años próximos.

Y precisamente porque ha sido una mayoría importante del Claustro y, en consecuencia, una mayoría importante del personal administrativo y de servicios, de los estudiantes y de los profesores de toda la

Universidad quienes me han colocado en el puesto de Rector, es grande el compromiso que, junto con mi equipo, he adquirido. Compromiso que proclamo y asumo públicamente. Compromiso de trabajar intensamente por el interés común, en el desarrollo de cuanto quedó expresado en el programa electoral. Compromiso de oír opiniones, iniciativas y sugerencias; de analizar los problemas y de proponer, en cada caso, las soluciones que individual o colegiadamente se estimen más oportunas para el desarrollo y progreso de la vida universitaria. Y compromiso, desde luego, de gobernar con todos y para todos, con independencia de la opción que, en su momento, cada uno haya entendido como mejor, y aun diría que con muy particular aprecio hacia aquellos que, en uso del normal derecho a la discrepancia, no han compartido inicialmente mis propuestas. Ojalá que, al acabar mi mandato, entre quienes aprueben la política y la gestión realizadas, esté también una buena parte de quienes no me secundaron en la línea de partida.

Hoy, autoridades, amigos, iniciamos una nueva etapa en la historia de esta universidad. La iniciamos con el objetivo de mejorar las respuestas que la Universidad debe dar a las demandas que la sociedad plantea a este servicio público de educación superior. La iniciamos con el propósito de que esa mejora se lleve a cabo a través de un proyecto colectivo en el que todos sin exclusiones nos impliquemos o podamos implicarnos. La iniciamos, sin duda, en la conciencia de que esta institución desde sus casi 800 años de historia quiere proyectarse hacia el futuro. Y, sobre todo, iniciamos esta nueva etapa con ilusión, con optimismo, con la esperanza de que entre todos lograremos crear las condiciones para que la evaluación que la sociedad haga de nosotros, certifique que nuestra actividad sea altamente positiva y refleje que hemos mejorado nuestras cuotas de calidad, pues ésta –la calidad– es título que en cualquier caso otorga la sociedad.

El que tengamos seguridad en el futuro y el que podamos verlo con optimismo, tiene su primer fundamento en el punto de partida de esta nueva etapa. La gestión de Julio Feroso, en efecto, ha marcado un antes y un después. Pues si es verdad que se ha correspondido con un período histórico de expansión generalizada del sistema educativo, de ampliación del catálogo de titulaciones, de aumento de las inversiones en infraestructura, de internacionalización del sistema de

enseñanza, no es menos cierto que había que estar allí, en el momento adecuado, con los argumentos precisos, con las personas idóneas y con la capacidad de gestión contrastada para poder incidir sobre todos aquellos signos plurales que exteriorizan la calidad de una institución de enseñanza superior. Había que estar allí y había que gestionar la incorporación de 32 nuevas titulaciones; había que estar allí y había que gestionar la captación de fondos nacionales e internacionales para construir nuevos edificios; había que estar allí y había que gestionar el aumento de nuestra presencia internacional.

El resultado es una Universidad cuyas cifras y datos la sitúan globalmente en los primeros puestos de entre las españolas y que en ningún caso ha perdido –y los últimos meses han sido muestra de ello– su capacidad de autocritica y de reflexión colectiva, desde el reconocimiento activo de la autonomía universitaria reflexivamente ejercitada.

Este resultado, a todas luces positivo, Julio, es el resultado de tu gestión. Puedes sentirte plenamente satisfecho por ello; sin duda ha marcado una etapa clave y brillante de la historia de la Universidad de Salamanca. Permíteme, que mi primer acto como Rector sea tener la satisfacción de darte hoy la enhorabuena y las gracias.

La segunda razón que nos permite ser optimistas es la seguridad como universidad pública de contar con el apoyo de la Administración responsable en materia educativa, y con el apoyo de las instituciones públicas y privadas que integran nuestro entorno socioeconómico. Apoyo que es esperada respuesta al objetivo de esta Universidad de no encerrarse en sí misma, de no caer en la fácil tentación de recrearse en su historia, sino, al contrario, de proyectarse hacia el exterior, hacia otras instituciones públicas y privadas, pues sólo así y desde la salvaguarda de su autonomía, podrá constatar cuáles son las demandas reales que la sociedad espera de ella, y sólo así, por otra parte, podrá dar una mejor satisfacción a sus funciones docentes investigadoras o de gestión.

Así, y en este marco, también nos debe llevar a ser optimistas la próxima materialización de las transferencias en educación superior, no sólo por cuanto tiene de mayor proximidad la nueva administración responsable a los problemas de nuestra Universidad, sino también porque sirve de ocasión para concretar presupuestariamente las

consecuencias aplazadas en dos ejercicios del modelo de financiación de las nuevas titulaciones que se han ido incorporando. Modelo presupuestario que, sin duda, puede no ser óptimo, pero que era el aplicable para financiar nuevos estudios, y que esta Universidad en su caso, y en su momento, tiene la seguridad, ya confirmada por las autoridades autonómicas con responsabilidad en esta materia, de que será aplicado a la conclusión del proceso de transferencia para liquidar los ejercicios presupuestarios anteriores.

Sobre esta base económica, esta Universidad no puede sino valorar muy positivamente el ya iniciado debate sobre financiación. Debate en que ya he intervenido y habré de intervenir en el futuro pero, en la seguridad, Sr. Subsecretario, Sr. Director General, de que no puede en ningún caso, y el documento oficial del Consejo de Universidades lo subraya con claridad, limitarse este modelo a la aplicación de los viejos criterios presupuestarios en materia universitaria, del número de profesores y el número de alumnos, sino que debe fomentarse la financiación por programas, tener en cuenta la naturaleza y el número de las titulaciones ofrecidas, tener presentes las características del patrimonio que debe gestionar cada Universidad, y primar las consecuencias de la buena gestión.

En ésta y en cualquier otra actividad que nos relaciones, la colaboración con la administración desde el diálogo firme y razonado creemos que constituye el instrumento que nos hace ver el futuro con optimismo.

Igual que quien les habla está seguro de esta colaboración de la Administración Central o Autonómica, en mayor medida lo estoy, si cabe, de contar con el apoyo de los ayuntamientos y diputaciones donde esta Universidad tiene centros. Pues sólo así podemos resolver problemas en los que la Administración Local y la Universidad deben necesariamente actuar en igual dirección y de forma coordinada. Sres. Alcaldes, Sres. Presidentes de las Diputaciones, sólo potenciando esa unidad de acción podremos dar satisfacción eficaz a las demandas que como representantes de ese medio social planteáis a la Universidad. La Universidad sin ese acicate o sin esa colaboración siempre tiene la tentación de encerrarse en sí misma, justamente lo contrario que este equipo de gobierno pretende hacer.

Esta relación con el exterior se completa con el objetivo de cooperar con los restantes integrantes del Consejo Social en su potenciación como instrumento que permita a nuestra Universidad abrirse hacia las restantes instituciones de nuestro entorno. Con igual finalidad utilizará y potenciará todos los instrumentos de que en la actualidad ya dispone, sin perjuicio de crear otros, ajustados a nuevos planteamientos y ambiciones.

Esta voluntad de proyección hacia el exterior implica sin duda el fin de la autosuficiencia de las Universidades, e implica la necesidad, Sres. Rectores, de que actuemos coordinadamente, de que integremos nuestras instituciones en redes, cuando los objetivos así lo demanden. Esta Universidad competirá con las suyas, pero a la vez está abierta –y ocasiones ya ha habido para demostrarlo– a trabajar juntos, pues en último término el beneficiado será el sistema universitario en su conjunto.

Finalmente, la proyección internacional de esta Universidad, por su historia unas veces y en otras ocasiones, como resultado de la integración en la Unión Europea, ahonda las razones de nuestro optimismo, pues abre nuevas dimensiones a nuestros alumnos y a nuestros profesores.

Y esta verdad de la proyección internacional de nuestra Universidad, no debilita, sino que, en todo caso subraya el hecho incuestionable de que estamos hablando de la histórica Universidad del Reino de León, que es, por definición y en su esencia una universidad Castellano Leonesa. Sr. Director General, siempre desde nuestra autonomía, puede el gobierno autonómico, igual que hasta ahora el gobierno central, contar con nuestra colaboración, contar con nuestro trabajo, patrimonio de toda la comunidad; con nuestra proyección en España y con nuestra presencia y prestigio en Europa y América. Sr. Director General, ese prestigio de nuestra Universidad no puede sino redundar en el prestigio de toda la comunidad Castellano Leonesa.

La tercera razón que nos hace ver con optimismo el futuro son Vds., miembros de esta comunidad universitaria, que dieron su apoyo mayoritario a un programa asentado sobre la realidad, pero que no quiere renunciar hacia el horizonte de la utopía. El proyecto en el que aspiramos a implicarles a todos parte de considerar cómo las funciones

que debe satisfacer hoy una universidad tienen mucha mayor amplitud y complejidad que las que tenía hace unas décadas, cómo la Universidad de Salamanca es diversa hoy en su realidad, en sus titulaciones, en sus Centros y en sus actividades, cómo a un equipo de gobierno hoy se le puede exigir que genere las condiciones para que la docencia, la investigación y la gestión de la Universidad se realicen en las mejores condiciones.

Al haber obtenido, para las propuestas que en nuestro programa buscaban dar soluciones a nuestros problemas, el respaldo mayoritario del Claustro, no sólo me siento confortado y estimulado para el trabajo que ahora nos espera, sino que, paralelamente, confío en contar con la ilusión y el esfuerzo de la mayoría de los universitarios.

Como dije en mi presentación ante el Claustro, no he requerido antes el voto de los universitarios para a partir de hoy encontrarme con su apatía o su desinterés. Sólo trabajando juntos; sólo uniendo esfuerzos; sólo asegurando la calidad y la excelencia en el ámbito estricto de la actividad individual de cada uno de los universitarios, estaremos garantizando el éxito colectivo, estaremos granjeándonos el respeto de todos y estaremos justificando las ayudas, los apoyos, las inversiones que reclamamos para hacer posible nuestra andadura.

Que esta confianza mía en el esfuerzo de todos sea el principal mensaje de mis palabras al iniciar mi mandato. A cambio, ante los universitarios aquí presentes; ante los amigos y representantes de las distintas instituciones; ante las autoridades locales, autonómicas y nacionales, ofrezco y garantizo mi propia generosidad y la de mi equipo en el trabajo diario, nuestra entrega sin reservas al gobierno de la Universidad, y, en consecuencia, la seguridad de que estaremos intentando, día a día, situar y mantener a la Universidad de Salamanca en el puesto privilegiado que nos tiene destinado y nos exige nuestra propia historia.

En nombre de esa historia secular que no siento como peso, sino como estímulo, y comprometiéndome ilusionadamente a enriquecerla, añadiéndole nuevas páginas de éxitos, doy por iniciado este período rectoral.

Muchas gracias, he dicho.

Tabla de contenidos

Tomo I

PRÓLOGO

Francisco MUÑOZ CONDE	13
-----------------------------	----

CAPÍTULO I

EL LEGADO DE UN MAESTRO

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: <i>Los delitos contra la Hacienda Pública, 35 años después</i>	29
DEMETRIO CRESPO, Eduardo: <i>¿Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena?</i>	39
PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: <i>Viejo y nuevo Derecho penal: el pensamiento de Ignacio Berdugo ante los desafíos del Derecho penal de hoy...</i>	53
NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel: <i>El consentimiento, una vida académica después. Disponibilidad de la vida y Constitución</i>	67
ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: <i>Terrorismo y derechos humanos</i>	83
SANZ MULAS, Nieves: <i>Neoliberalismo trasandémico, cambio climático y desgobierno global: retos desde la política criminal</i>	99

CAPÍTULO II

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

CADAVID QUINTERO, Alfonso: <i>Muerte consentida de menores de edad..</i>	117
CHANG KCOMT, Romy A.: <i>El consentimiento potencial en los injustos imprudentes: Una causa de atipicidad penal</i>	129
CARRASCO-JIMÉNEZ, Edison: <i>Breves alcances críticos a la tesis de la expansión de Silva Sánchez</i>	143

CÓRDOBA ANGULO, Miguel: <i>La necesidad de pena en Colombia</i>	155
GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco: <i>El retorno del «quot delicta, tot poenae»</i> .	165
SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: <i>Inimputabilidad y sistema penal. Breve Balance de un largo debate en Colombia</i>	177

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: <i>Corrupción transnacional: del caso Lockheed al caso Odebrecht</i>	189
CARO CORIA, Dino Carlos: <i>El delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas</i>	205
FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: <i>Blanqueo de capitales y presunción de inocencia</i>	229
GORJÓN BARRANCO, María Concepción: <i>La discriminación por razones de género en el Derecho Penal</i>	243
MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria: <i>Hitos y tendencias en materia de protección penal del medio ambiente</i>	261
MONTOYA VIVANCO, Yvan: <i>El tráfico de influencias y redes de corrupción: a propósito del debate sobre la lesividad del tráfico de influencias y de la exclusión de la tipicidad del partícipe</i>	279
NAVARRO CARDOSO, Fernando: <i>De la estafa «delictiva» al ¿fraude «de etiquetas»?</i>	295
NIÑO, Luis Fernando: <i>Derecho a morir con dignidad y deontología médica. Una contribución gestada en Salamanca</i>	307
LESCANO, María José: <i>El denominado delito de publicidad engañosa....</i>	325
RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea: <i>Compliance y la prevención de la siniestralidad laboral</i>	337
SALINERO ALONSO, Carmen: <i>Avances y retrocesos en la protección penal del patrimonio cultural en el último cuarto de siglo o cómo el legislador</i>	

no ha entendido –o querido entender– el mandato del art. 46 de la Constitución 349

CAPÍTULO IV
 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO,
 CRIMINOLOGÍA, ENSAYOS PENALES

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio: *Alternativas a la privación de libertad en España. Especial referencia a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*..... 365

RODAS MONSALVE, Julio César: *Derecho Penal ecocéntrico en Colombia: reconocimiento constitucional*..... 385

SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia: *De Castilla a Bogotá. Salamanca en el Dorado*..... 399

Tomo II

LAUDATIO

ARROYO ZAPATERO, Luis: *Memoria de una amistad entre el estudio y el delito*..... 17

PRESENTACIÓN

GARCÍA ARÁN, Mercedes: *El pensamiento crítico, ayer y hoy* 31

CAPÍTULO I
 DERECHO PENAL / PARTE GENERAL

ARÓSTEGUI MORENO, JOSÉ: *La jurisprudencia en la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado* 37

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio: <i>Responsabilidad penal de las personas jurídicas: breve referencia a la jurisprudencia menor</i>	49
BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: <i>Los distintos concursos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i>	57
CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: <i>Democracia y teoría del delito</i>	73
CUAREZMA TERÁN, Sergio J. y CUAREZMA ZAPATA, Diego: <i>La justicia penal de adolescente en Centroamérica</i>	85
CUERDA ARNAU, María Luisa: <i>El origen de la doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español</i> .	99
DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: <i>Derechos humanos y prisión</i>	113
DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: <i>Un derecho a la espera de mayor reconocimiento y desarrollo: el derecho de participación de las víctimas del terrorismo</i>	127
DE VICENTE REMESAL, Javier: <i>La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa: un criterio paralelo contrapuesto para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto</i>	137
DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola: <i>La interpretación de la norma penal como parte del derecho: análisis bajo una perspectiva del dogma dúctil</i>	145
FARALDO CABANA, Patricia: <i>Los objetivos del reconocimiento mutuo de las medidas alternativas a la prisión provisional en casos de violencia de género</i>	159
FOFFANI, Luigi: <i>Un nuevo puente entre Europa y América Latina: Responsabilidad de las personas jurídicas y compliance</i>	171
GARCÍA RIVAS, Nicolás: <i>Reflexiones sobre el protagonismo de la víctima como signo privatizador del Derecho penal</i>	183
GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria: <i>El sujeto liberal del sistema penal y los derechos de los grupos subordinados</i>	199
GONZÁLEZ RUS, Juan José: <i>¿Nuevos retos para el Derecho Penal?</i>	209

GUISASOLA LERMA, Cristina: <i>Avances normativos en la protección de las víctimas de trata de seres humanos, a la luz de los estándares europeos</i>	215
LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: <i>Sentido e individualización de la pena en el estado democrático del derecho brasileño</i>	227
LUZÓN PEÑA, Diego-M.: <i>Derecho y deber de detención como causas de justificación</i>	243
MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: <i>La pena y su ejecución en Dorado Montero</i>	255
MIRANDA RODRIGUES, Anabela: <i>O Último Cocktail – Criminalidade Económico-Financeira, Responsabilidade Penal Empresarial, Compliance e Inteligência Artificial</i>	271
MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, Daniel: <i>Circunstancia atenuante de análoga significación y trastorno del juego</i>	285
PALOMO DEL ARCO, Andrés: <i>La aritmética y el código penal</i>	293
PASCUAL MATELLÁN, Laura: <i>¿Qué hay de Antony Duff? La necesidad de comunicar un derecho penal retributivo a los ciudadanos de las democracias liberales</i>	307
PÉREZ DEL VALLE, Carlos: <i>Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos</i>	323
PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: <i>Legisprudencia y legalidad penal: el caso peruano</i>	339
REYES ALVARADO, Yesid: <i>Los delitos de propia mano</i>	353
RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón: <i>Seguridad ciudadana, derecho penal y derechos humanos. Una opinión del Consejo de Europa</i>	363
SANZ MORÁN, Ángel José: <i>Las personas con discapacidad y las últimas reformas penales</i>	375
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: <i>¿Democratización del Derecho penal? ...</i>	389

URQUIZO OLAECHEA, José Francisco: <i>Delimitaciones en torno al principio de culpabilidad y proporcionalidad penal</i>	401
VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: <i>Populismo punitivo y prisión perpetua</i>	413
VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: <i>El concepto penal de funcionario público: algunas cuestiones problemáticas</i>	433
ZAFFARONI, E. Raúl: <i>Las ilusiones y la legítima defensa</i>	445
 CAPÍTULO II DERECHO PENAL / PARTE ESPECIAL	
ABEL SOUTO, Miguel: <i>Análisis comparado del delito de blanqueo de dinero en Paraguay y España</i>	455
ACALE SÁNCHEZ, María: <i>El limitado castigo de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos urbanísticos: ¿hasta cuándo?</i>	469
ALONSO ÁLAMO, Mercedes: <i>Tráfico de órganos humanos y dignidad de los vivos... y de los muertos</i>	485
BERDUGO GARCÍA-MAESTRO, M. ^a José: <i>El Artículo 510 del Código Penal</i>	499
BLANCO CORDERO, Isidoro: <i>Consumación del delito de hurto cometido por pluralidad de sujetos (sobre la sts 316/21, de 15 de abril de 2021)</i>	521
BUSTOS RUBIO, Miguel: <i>Tres rasgos de desigualdad en el Derecho Penal Fiscal y Recaudatorio</i>	531
DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. y PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio: <i>Trata de personas y tráfico migratorio (y laboral) ilegal</i>	547
DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: <i>Aspectos problemáticos del delito de corrupción deportiva. Especial atención a las primas por ganar</i>	561
GARCÍA ALFARAZ, Ana Isabel: <i>Reflexión sobre la expansión del derecho penal y la aplicación de los delitos alimentarios nocivos</i>	575

GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel: <i>La mutilación genital femenina en España: datos y jurisprudencia</i>	587
GÓMEZ RIVERO, M. ^a del Carmen: <i>Desórdenes públicos y terrorismo</i> ...	605
HAVA GARCÍA, Esther: <i>Hacia una definición legal de la gran corrupción</i>	619
HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: <i>La protección de los Derechos Humanos en el Código Penal español. Una propuesta de reforma</i>	633
LAURENZO COPELLO, Patricia: <i>Sobre el papel de los derechos sexuales y reproductivos en el Derecho penal</i>	647
MANERO SALVADOR, Ana: <i>El matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad dotado de autonomía</i>	661
MARTÍN LÓPEZ, M. ^a Teresa: <i>Criminología del delito fiscal</i>	667
MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: <i>¿Existe un especial elemento subjetivo del tipo en los delitos contra el honor?</i>	679
NIETO MARTÍN, Adán: <i>La conformación de la cláusula umbral en el delito de ecocidio</i>	687
NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: <i>Breves reflexiones político criminales sobre los delitos de expresión</i>	709
OLASOLO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo: <i>Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural</i>	723
PENA GONZÁLEZ, Wendy: <i>La necesaria (pero imposible) supresión del artículo 510 CP</i>	735
POLAINO NAVARRETE, Miguel: <i>Los delitos de cohecho tras las reformas penales de 2010 y 2015: una visión panorámica y crítica</i>	749
QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: <i>Injurias y mentiras</i>	769
RODRÍGUEZ MESA, María José: <i>La prueba de la motivación en los delitos de odio en un derecho penal garantista</i>	787

RUIZ ARIAS, Miriam: <i>Protección penal internacional del medio ambiente y justicia ecológica</i>	801
SÁNCHEZ BERNAL, Javier: <i>Salir a ganar: una reflexión acerca del delito de fraude deportivo a partir de la SAP Navarra 111/2020, sobre el «caso osasuna»</i>	815
CAPÍTULO III	
DERECHO PROCESAL PENAL Y OTROS ASPECTOS JURÍDICOS	
ANTILLÓN, Walter: <i>Del defensor de oficio al defensor interamericano (Defensa penal en Costa Rica y en Latinoamérica)</i>	835
DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: <i>Entre la ficción y la realidad: de El Cartero siempre llama dos veces a «La Viuda Negra de Patraix»</i>	849
DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: <i>¿Qué debe analizar un recurso de amparo contra una condena por delitos de expresión? Perspectivas material y procedimental en la jurisprudencia constitucional</i>	859
ESCOBAR BRAVO, María Eugenia: <i>La protección del denunciante. El caso Gawlik. Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Directiva Europea 2019/1937 de protección de los denunciantes o whistleblowers sus efectos en los programas de cumplimiento</i>	867
FUZIGER, Rodrigo: <i>La elocuencia de Harpócrates: ensayo sobre el silencio en el Derecho</i>	881
GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, María Josefa: <i>La dignidad humana y los derechos sociales</i>	893
GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: <i>De indicios, presunciones y pruebas</i>	907
GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: <i>El control jurídico de los servicios de Inteligencia</i>	915
LABORDE, Daniel Mario: <i>Objetivos de desarrollo sostenible y corrupción transnacional</i>	925
LASCANO, Carlos Julio: <i>Breves apuntes sobre el dolo y, en particular, sobre el dolo eventual</i>	937

MORÁN GONZÁLEZ, Manuel: <i>Mi deuda</i>	949
OLLÉ SESÉ, Manuel: <i>La jurisdicción penal universal al servicio de la Corte Penal Internacional: utopía o realidad</i>	951
ORTS BERENGUER, Enrique: <i>El sesgo iconográfico de la prostitución en el cine</i>	967
POLAINO-ORTS, Miguel: <i>La delincuencia de sangre en la poesía castellana. Un apunte introductorio</i>	977
PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: <i>La innecesaria y desproporcionada injerencia penal del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en el derecho de reunión</i>	997
REBOLLO VARGAS, Rafael: <i>El anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020: La inviabilidad de la acusación particular colectiva y de la acusación popular para la defensa de bienes jurídicos supraindividuales</i>	1009
RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Alicia: <i>La invisibilidad de la macro-victimización derivada de la delincuencia de cuello blanco</i>	1021
RODRÍGUEZ LORENZO, Myriam: <i>Análisis sobre la lógica criminalizadora de la gestión inmigratoria del Mediterráneo</i>	1033
VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel: <i>Notas generales sobre la pandemia (Covid-19) y el derecho en México</i>	1049
VILLEGAS DÍAZ, Myrina: <i>La «lucha» contra el crimen organizado en América Latina. Reflexiones mas allá de la frontera penal</i>	1065
EPÍLOGO	
TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: <i>Derechos Humanos y Derecho Penal en la obra de Ignacio Berdugo</i>	1077
DISCURSO DE INVESTIDURA COMO RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA DE IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE	1091
TABLA DE CONTENIDOS	1097



VNiVERSIDAD
D SALAMANCA

Ediciones Universidad
Salamanca